UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

ČASOPIS ZA PRAVNE I DRUŠTVENE NAUKE | BEOGRAD 2019 /BROJ 1/ GODINA LXVII

Radovi u ovom časopisu podležu anonimnoj recenziji dvoje recenzenata koje određuje redakcija.

Stavovi izraženi u časopisu predstavljaju mišljenje autora i ne odražavaju nužno gledišta redakcije. Za te stavove redakcija ne odgovara.

Izdavač
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Lektor i korektor
Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

Tehnički urednik
Jovan Đorđević

Dizajn korica
C. I. B.

Slog i prelom
DOSIJE STUDIO

Štampa
JP Službeni glasnik

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

ČASOPIS ZA PRAVNE I DRUŠTVENE NAUKE | BEOGRAD 2019 /BROJ 1/ GODINA LXVII

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu

Godina LXVII, br. 1/2019, str. 1–236

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

SADRŽAJ

ČLANCI

PRIKAZI

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXVII, No. 1, 2019, pp. 1–236

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

BOOK REVIEWS

ČLANCI

UDK 340.132.3

CERIF: S148

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901007T

Dr Zoran R. Tomić*

VREME I (U) USTAV(U) – OVDAŠNJE PRAVO S POČETNOM FILOZOFSKOM BELEŠKOM

„Kad bi vreme bilo samo to što mere časovnici, brzo bismo našli odgovor na pitanje o vremenu. Ono ne bi bilo ništa drugo do merljivo trajanje događaja."

(Ridiger Zafranski, *Vreme*).

Vreme se dâ sagledavati i kao idealna, mentalna i kao realna, objektivna pojava. Kao manje-više stabilna, sadašnja „datost", ali i kao „programska" projekcija. Vreme je respektabilna činjenica, odnos, proces, tok: ono je činilac zakonitosti, komponenta predvidljivosti i doslednosti: posredi je sinhronizacija pojava, odnosno procesa – i njihov kontinuitet. Na koncu, vreme se može sagledavati kao početak, i kao kraj – i kao momenat, i kao niz sukcesivnih koraka, kao ograničenje, kao prostor u kome se nešto aktivno odvija. A „ćutanje" – nečinjenje i neblagovremenost predstavljaju protivpravnost, onda kada je propisana dužnost službenog, javnopravnog činjenja. U ustavnim okvirima, od preambule, duž celine ustavnog tkiva – naročito u rokovima, ljudskim slobodama i pravima, pravnim lekovima, komponentama ustavnosti i zakonitosti, pravnoj sigurnosti, posebno u krivičnom pravu, zatim mandatima javnih funkcionera, raspuštanju parlamenta, vanrednom i ratnom stanju, promenama ustava i drugom, na kraju i u sprovedbenom ustavnom zakonu – vreme ima konstitutivno, temeljno i dinamičko mesto.

Ključne reči: *Vreme. – Ustav. – Pravna sigurnost. – Ustavnost i zakonitost. – Retroaktivnost zakona.*

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *ztomic@ius.bg.ac.rs*.

1. CRTICE O VREMENU

„Pošto je protraćio istinsku večnost, čovek je pao u vreme, u kojem je uspeo, ako ne da napreduje, ono bar da živi: sigurno je da mu se prilagodio. Tok ovog pada i prilagođavanja nosi naziv Istorija.“[1] O vremenu, uz sva uprošćavanja, postoje bar dva oprečna filozofska gledišta (na stranu njegov meteorološki smisao). Prvo – da je ono prediskustvena, „apriorna“, *idealna, mentalna pojava* – tvorevina ljudskog uma, svesti, koja prethodi iskustvu i očišćena je od njega. Polazeći od Kantovog stava o vremenu kao čistom opažaju, fenomenološka[2] škola (*A. Reinach*,[3] *E. Husserl*[4] i sledbenici) – uz pomenutu redukciju – smatra da se metodom intuicije dolazi do saznanja suštine predmeta. Naime, posredi je „neposredan doživljaj“ saznavanja sveta, pa i vremena; logika sadržana u umu preduslov je svakog iskustva. Dakle, vreme je „stvar po sebi“, unapred data, transcedentalna.

Drugo gledište, kritikujući fenomenološki prilaz bezizuzetne usmerenosti svesti ka nečemu (*intentio*) kao mahom arbitreran – ističe da je vreme „omotač“ sveta, „objektivna pojava jer ga svest opaža kao realnost“: vreme je odnos raznih „nešto“, kao sled događanja i događaja. Vreme, kaže *R. Lukić*, nema esenciju, ali ima egzistenciju.[5] No, izgleda da sporenja nema o neprekidnom proticanju vremena.[6] Opet, „večnost nije beskrajno vreme, već nešto različito od vremena. Večnost je slika jedne čežnje čovečanstva, kao i besmrtnost ili hrišćanska vera u vaskrsenje duše“.[7]

Aleksandar Dima je verovao da za zlo – što važi i za nepravo – postoje dva leka: ćutanje i vreme. Pristajem delimice uz ovaj drugi, nipošto ne i uz onaj prvi.

---

1 Emil Sioran, *Pad u vreme* (prev. sa franc. Milica Kozić), Novi Sad 2008, 131.

2 „Fenomen“ – „ono što se samo sobom pojavljuje“, momenat naučne svesti. Fenomenologija se „bavi... raznim vrstama doživaljaja, aktima svesti i njihovim korelatima“. Eugen Fink, *Philosophie des Geistes*, Würzburg 1994, 161 (prema Milan Uzelac, *Fenomenologija*, Novi Sad 2009, 16).

3 Adolf Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts, Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts,* Kösel-Verlag, München 1953, 226.

4 Više o tome u knjigama: Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen*, I–II, Tübingen 1980 (orig., 1900–1901); *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*, Tübingen 1980 (orig., 1913).

5 Radomir Lukić, *Sistem filozofije prava, 1. Filozofija; 2. Filozofija prava*, Beograd 2012, 16, 85.

6 Edmund Huserl, *Predavanja o fenomenologiji unutrašnje vremenske svijesti* (prev. Časlav D. Koprivica), Sremski Karlovci – Novi Sad 2004, 36 i sl.

7 Ridiger Zafranski, *Vreme*, Beograd 2017, 16–17.

2. VREME U USTAVU SRBIJE

Vreme „živi" u svakom ustavu počev od uvoda, od njegovog nenormativnog dela (gde postoji) – od tzv. preambule, prostirući se – preko celine ustavnog teksta – na ustavni zakon koji redovno „prati" ustav; posebno, baš je ono ključni činilac ustavnog zakona za sprovođenje ustava. „Vreme postaje podruštvljeno. U tom trenutku počinje vladavina časovnika. Časovnik nije ništa drugo doli društvena institucija... Podruštvljeno vreme jeste i kontrolisano vreme... Vreme biva politizovano."[8]

1. U preambuli Ustava Srbije polazi se od državne tradicije srpskog naroda, kao matičnog u državi Srbiji, od *istorijskih korena srpske ustavnosti*. A pominjanje Kosova i Metohije kao integralnog dela Srbije – kada Srbija već više godina nema faktičku vlast nad tom teritorijom – više je odraz uspomene na jedno drugačije, prošlo vreme i prizivanje sadržinskog vraćanja pokrajine u ustavni ram Srbije nego društvene i međunarodne realnosti i izvesne budućnosti.

Ustav teži stabilnosti uspostavljenog sistema u vremenu i prostoru *uz jedinstvenost pravnog poretka*[9] pod okriljem i na podlozi dotičnog, baš tog i takvog najvišeg pravno-političkog dokumenta sve dok on traje. Uz to, veoma je važno ustavno načelo o *dostignutom nivou ljudskih i manjinskih prava* koji se ne može „u budućnosti", u vremenu koje teče, smanjivati – već samo održavati, odnosno povećavati.[10] Za pravnu sigurnost u vremenu itekako je važna i konkretna ustavna klauzula da „prava stečena ulaganjem kapitala na osnovu zakona ne mogu zakonom (kasnijim, prim. Z. T.) da budu umanjena".[11]

Kao jedno od temeljnih za temu ovoga spisa ističem i ustavno pravilo *vremenskog važenja zakona i drugih opštih pravnih akata koje se tiče zabrane njegovog povratnog delovanja, retroaktivnosti*.[12] Naime, svaki opšti pravni akt se donosi da bi važio u predstojećem vremenu, u periodu koji sledi njegovo donošenje, da bi se pravni subjekti po njemu ravnali od trenutka (ili nešto kasnije – vid. naredna izlaganja) kada saznaju njegovo značenje i smisao. S jedne strane, „govoriti o upravljanju ili usmeravanju ponašanja danas, pomoću pravila koja će biti doneta sutra, znači govoriti u prazno".[13] S druge, pak, „kao i svaki drugi ljudski poduhvat, napor da se udovolji, često složenim zahtevima unutrašnje moralnosti prava, može da pretrpi razne vrste brodoloma. I upravo, kad stvari krenu pogrešnim

---

[8] *Ibid*., 15.

[9] Čl. 4, stav 1, ponovljeno u st. 1 čl. 194 Ustava.

[10] Čl. 20, st. 2.

[11] Čl. 84, st. 3, *Položaj na tržištu*.

[12] Čl. 197 Ustava.

[13] Lon Fuler, *Moralnost prava*, drugo izdanje, Beograd 2011, 67.

putem, retroaktivni zakon postaje neophodan kao korektivna mera; iako je pravilo kretanja zakona u vremenu unapred, mi katkad moramo da se zaustavimo, okrenemo i pokupimo delove.“[14]

Od načelne zabrane retroaktivnosti zakona i drugih propisa većina savremenih pravnih sistema predviđa *dva legitimna odstupanja* od tog pravila: 1) da pojedine odredbe zakona ipak mogu važiti i za period pre objavljivanja, odnosno pre njihovog stupanja na snagu – ali da za tako nešto mora da postoji opšti interes (to jest šire društveno opravdanje!) – što je obavezno utvrditi u samom postupku donošenja zakona, a ne naknadno; 2) u krivičnoj materiji dopušta se da kasniji zakon – a ne onaj važeći u vremenu/trenutku prouzrokovanja krivičnog dela – bude primenjen na učinioca, pod uslovom da je blaži, povoljniji za njega spram onog prethodećeg propisa. Jer, ako je kriminalna politika u određenoj „tački“ išla u smeru koji je za potencijalne učinioce krivičnih dela manje neprijatan, onda se dopušta, radi jednakopravnosti, da takve pogodnosti – u jednom istom vremenskom razdoblju – uživaju i oni koji su društveno zgrešili pre nego što se krivično zakonodavstvo promenilo u opisanom smislu.

Pažnju zavređuje i pitanje *primene merodavne norme u smenjivanju zakonskih pravila u odnosu na pojedinačne pravne situacije koje nisu okončane.* Primerice, razmotriću zakonske solucije o datumu prestanka radnog odnosa onim licima kojima je u toku/traje produženje radnog odnosa po prethodnom/„starom“ istovrsnom zakonu, priznato pojedinačnim pravnim aktima nadležnih organa, legalno i legitimno na njemu zasnovanim. Rečju: *da li su dotičnim novim odredbama povređena stečena (!?) prava tih lica ako im je po kasnijem zakonu ranije (pre isteka priznatog produženja!) prestao radni odnos?*

U celini predmetne pravne regulative dve su ključne odrednice. *Prva* – na podlozi jednog zakona, određenim nastavnicima je, u odgovarajućem akademskom univerzitetskom postupku, produžen radni odnos „do tri školske godine“ – a te i takve pravne situacije prostiru se i u vreme važenja istovrsnog kasnijeg zakona. Primerice: radni odnos im je produžen za vreme od 30. septembra 2016, odnosno 2017. za još tri školske godine, to jest do 30. septembra 2019, odnosno 2020. godine. *Druga* odrednica – novim zakonom je izričito propisano da narečenim nastavnicima radni odnos prestaje 30. septembra 2018. godine.

Reč je o „situacijama u toku“ (*facta pendentia)*, činjenicama, odnosno stanjima koja se prostiru pod režimom dva sukcesivna zakona – a ne o svršenim činjenicama (*facta praeterita*), o već završenim pravnim pojavama pod režimom jednog istog (ranijeg) zakona. *Kasniji zakon* je pošao od postavke o sopstvenom apsolutnom i neposrednom dejstvu za budućnost, a bez nominalnog povratnog delovanja, bez retroaktivnosti.

[14] *Ibid.*, 68.

Naime, novi zakon se na situacije koje je zatekao – započete u režimu ranijeg zakona – primenjuje od svog stupanja na snagu, uvažavajući, to jest ne dirajući u već (do tada) proizvedena dejstva prethodnog zakona (koji naprečac tom prilikom smenjuje) – ali ujedno oštro presecajući, prevremeno i iznenada okončavajući pravne situacije (prava i obaveze) koje je prethodni zakon namenio da traju do tačno određenog dana! Opisana konstrukcija je negacija tzv. organske teorije, „produženog dejstva starog zakona".[15] Ona – konkretno, dejstva prethodnog zakona – hipotetički bi se nastavila i u vreme života zakona-naslednika jedino pod uslovom da je taj novi zakon, u svojim prelaznim i završnim odredbama, tako nešto sâm dopustio. Ali, on to nije učinio. Dakle, pojedinim aktivno „zatečenim" nastavnicima se skraćuje već legalno odobreni produženi radni period – nekima za godinu dana, nekima čak za dve školske godine. Jer, umesto da idu u penziju 30. septembra 2019. ili 30. septembra 2020. godine – *kako su pravno očekivali, što im je svakom ponaosob i zvanično napismeno i utvrđeno/zagarantovano, uzdajući se u tada punovažni matični zakon i sledstvene akademske akte donete u njihovu korist, a imajući poverenje u ovdašnje pravo i državu* – svi su penzionisani po sili novog zakona 30. septembra 2018. godine (*sic!*).

Podsećam: član 20, stav 2 Ustava Republike Srbije određuje: „Dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može se smanjivati" (*Ograničenja ljudskih i manjinskih prava*). A odredba stava 1 člana 60 veli: „Jemči se pravo na rad, u skladu sa zakonom" (*Pravo na rad*). U konkretnom tipu slučajeva, dostignuti nivo prava na rad, utemeljen na prethodećem propisu je – za pojedine kategorije nastavnika – istovrsnim novim a sukcesivnim zakonom bitno unazađen, umanjen. To je, belodano i bespogovorno uzev, učinjeno suprotno Ustavu, čime su flagrantno narušena njihova već stečena, zajemčena prava!

U istom kontekstu, učinjen je i novozakonski pokušaj balansiranja. Ipak, „ponuđena" zakonska (kvazi)kompenzacija je slabašna, nedovoljna i neizvesna u sopstvenoj operacionalizaciji. Naime, novi zakon daje mogućnost ugovornog produženja radnog odnosa, po postupku koji sâm predviđa. I to: *uslovno* – „može se produžiti" – a ne mora! – po ispunjenju novopropisanih uslova (i to osetno strožih nego što je to bilo do sada). *Vremenski* – „do dve godine" (znači može i kraće!), računajući (počev) od 30. septembra 2018. godine, a najduže do kraja školske godine u kojoj nastavnik navršava 70. godina života.

Zaključak: držim da je razmatrano „kolo" novih zakonskih odredaba *duboko neustavno i neopravdano, nepravedno.* Jezički, istorijski i sociološki, a osobito sistematski i ciljno tumačeći. Kako sa stanovišta ustavnog principa da se jedanput „osvojeni" nivo subjektivnih prava, pa

[15] Vid. Slobodan Perović, *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, Teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd 1987, 132 i sl.

tako i prava na rad, ne sme snižavati, tako i spram krucijalne, načelne ustavne norme: „Vladavina prava je osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima.“[16]

Inače, pojava čestih zakonskih promena je (i) izraz pravne nesigurnosti i nestabilnosti poretka. I ovde, dakle, vreme ima ključnu ulogu u prilagođavanju adresata zakona na te i takve normativne novume. „Međutim, ponekad čin koji je preduzet s osloncem na prethodno pravo može da bude razvrgnut, pod uslovom da je dato nekakvo upozorenje o predstojećoj promeni, pri čemu sama ta promena ne počinje da deluje toliko brzo a da ne ostavi dovoljno vremena za prilagođavanje novom stanju prava.“[17] Isti pisac u prilog tome navodi i jedan kapitalni sudski stav: „Već je valjano ustanovljeno da (zakon o zastarelosti) može da bude preobličen skraćivanjem propisanog vremena, ali samo kad se to učini dok vreme još teče, tako da ostane još nešto razumno dovoljnog vremena za otpočinjanje činjenja pre nego li samo ograničenje počne da deluje.“[18]

Na terenu pravne sigurnosti i izvesnosti je i pravilo o *prethodnom zvaničnom, službenom objavljivanju propisa pre početka njihove primene, pre stupanja na snagu*. Tako se – po pravilu – ostavlja jedan vremenski period između ta dva momenta, tzv. *vacatio legis*.[19] To vreme u ovdašnjem ustavu iznosi osam dana i služi za vremensku „stabilizaciju“ tog propisa. No, prilikom donošenja određenog zakona može se ustanoviti – a tada se mora i obrazložiti! – da iz „naročito opravdanih razloga“ (dakle, taj izuzetak mora da bude redak, krajnje restriktivno i obazrivo korišćen – *rara avis*!) propis može biti primenjen i ranije, pa i odmah, odnosno dan posle objavljivanja, pa čak od dana objavljivanja. Time se pravnim subjektima na koje je adresovan ne ostavlja (gotovo) nikakav prostor, to jest vreme da se s njim upoznaju i pripreme za njegovo poštovanje, odnosno za saobražavanje sopstvenog ponašanja novim pravnim regulama.

Pravo na pravično suđenje je evropska vrednost, obavezna za sve članice Saveta Evrope. Ono uključuje standard pravnog (svekolikog sudskog, ali i upravnog) odlučivanja u razumnom roku.[20] Prema Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (*EKLJP*)[21] – koju

[16] Čl. 3, st. 1 – *Vladavina prava*.

[17] L. Fuler, 92.

[18] *Ochoa v. Hernandez y Morales*, 230 U. S. 139, s. 161–162 (1913), prema L. Fuler, 92.

[19] Čl. 196 Ustava – *Objavljivanje zakona i drugih opštih akata*.

[20] Pitanje od kada se računa početak razumnosti roka, u upravnoprocesnom pravu Hrvatske postavlja se i u sudskoj praksi i u tamošnjoj pravnoj teoriji. Naročito zaslužuje pažnju diskusija o razlikama u stanovištima ESLJP u Strazburu, Upravnog suda Hrvatske i Ustavnog suda Hrvatske, sa jasnim zaokretima u viđenju tog pitanja. Vid. Marko Šikić, „Pravo na suđenje u razumnom roku u praksi Upravnog suda Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 30(1)/1991, posebno 352–354, 358, 363.

[21] Ona je iz 1950. godine (iz Rima), uz kasnije dodatne protokole.

je 2003. godine ratifikovala ondašnja zajednica Srbija i Crna Gora,[22] čiji je sukcesor sadašnja Srbija kao samostalna i nezavisna država – „svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona...“[23] U skladu sa tom kapitalnom odredbom, Ustav među normama o ljudskim pravima i slobodama utvrđuje i pravo na pravično suđenje:[24] „Svako ima pravo da nezavisan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i slobodama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka i optužbama protiv njega...“ U *Preporuci Saveta Evrope R (2004) 20* o sudskoj reviziji/kontroli upravnih akata stoji da se „od fizičkih i pravnih lica može tražiti da iscrpu sredstva predviđena nacionalnim pravom pre nego što pribegnu sudskoj reviziji“. Pri tome, „postupak povodom tih pravnih lekova ne bi trebalo da traje dugo“,[25] što se uzima u obzir prilikom procenjivanja razumnosti roka u smislu člana 6 EKLJP. S tim u vezi, evropski princip prava na pravično suđenje u svim svojim elementima (zakonitost, pravična i javna rasprava, nezavisan sud, razumnost roka itd.), prema shvatanju prakse Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), pokriva i većinu upravnopravnih odnosa, odnosno i većinu subjektivnih javnih prava (a ne samo ona građanskopravne prirode, kako bi se strogo jezičkim tumačenjem možda moglo zaključiti).[26]

Prilikom procenjivanja šta je razuman rok za pravno (u prvom redu, sudsko) postupanje i odlučivanje u svakom konkretnom slučaju,[27]

---

[22] *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03.

[23] Čl. 6 tog dokumenta.

[24] Čl. 32.

[25] Vrhovni sud Srbije, *Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije*, Beograd 2007, 144.

[26] ESLJP, 23. oktobar 1985, *Benthem protiv Holandije*, par. 32; izuzetak je, na primer, svežanj sporova „u vezi sa pravnim položajem službenika koji izvršavaju tipične civilnopravne zadatke“. ESLJP, 8. decembar 1999, *Pelelegrin protiv Francuske*, par. 64–67. Vid. *Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije*, 47–48. U slučaju *Konig protiv Nemačke* (28. juni 1978, serija A br. 27, 29–30, 88–89), „sud je samo smatrao primerenim da istakne kako izraz ‘građanska’ prava i obaveze ne sme da tumači u smislu da se njime pravi razlika između pitanja koje reguliše privatno pravo i onih koje reguliše javno pravo...“ – prema Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2006, 166. Bitno drugačiji stav nalazimo kod Aleksandra Jakšića (*Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Beograd 2006, 174), koji veli „da supstancijalno pravo sadržano u članu 6. EKLJP... garantuje njegovom titularu da o njegovim pravima i obavezama građanskopravnog karaktera odlučuje sud“.

[27] Zehra Odyakmaz, „Time in Law and issue of reasonable period of time in administrative judiciary“, *Pravni život* 11/09, 225–254 i pravna književnost tamo navedena.

moraju se uzeti u obzir sve date okolnosti, a naročito parametri iz prakse ESLJP,[28] ali i stavovi domaćeg Ustavnog suda.[29] Njih ima četiri: a) složenost predmeta; b) ponašanje podnosioca predstavke; v) postupanje

[28] Vid. u: Ž. Ditertr.

[29] Primerice, evo *dve odluke Ustavnog suda Srbija na odnosnu temu* (prema Zoran R. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, drugo, dopunjeno izdanje, Beograd 2012, 151 i sl.):

1) 1. Usvaja se ustavna žalba... i utvrđuje se da je u postupku koji se pred Komisijom za vraćanje zemljišta opštine M. Z. vodi u predmetu broj 461–3/91 povređeno pravo podnositeljke ustavne žalbe na suđenje u razumnom roku zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije.

2. Utvrđuje se pravo podnositeljke ustavne žalbe na naknadu nematerijalne štete, koju može ostvariti na način predviđen odredbama člana 90. Zakona o Ustavnom sudu.

3. Nalaže se nadležnim organima da preduzmu sve neophodne mere kako bi se postupak iz tačke 1. okončao u najkraćem mogućem roku.

Iz obrazloženja:

„1. Lj. T. iz M. Z. je 13. maja 2009. godine podnela Ustavnom sudu ustavnu žalbu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku zajemčenog odredbom člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije, u postupku koji se vodi pred Komisijom za vraćanje zemljišta opštine Mali Zvornik u predmetu broj 461–3/91. Podnositeljka ustavne žalbe je navela da je zahtev za povraćaj oduzete imovine iz Poljoprivredno zadružnog fonda podnet Komisiji za vraćanje zemljišta 8. aprila 1991. godine. Podnositeljka je dalje istakla da se rasprave pred Komisijom zakazuju u dugim vremenskim razmacima, kao i da je u odnosu na sporne parcele doneto delimično rešenje, a donošenje rešenja za ostale parcele čeka već 18 godina. Smatrajući da se postupak pred Komisijom bez ikakve potrebe odugovlači, kao i da je zemljište trebalo vratiti podnosiocima zahteva u razumnom roku ili im isplatiti novčanu naknadu, podnositeljka ustavne žalbe je predložila da Ustavni sud usvoji ustavnu žalbu, utvrdi da je u postupku koji se vodi pred Komisijom za vraćanje zemljišta, Ministarstvom finansija i Vrhovnim sudom Srbije povređeno njeno pravo na suđenje u razumnom roku zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava...

5. Ocenjujući navode i razloge iz ustavne žalbe sa stanovišta Ustavom zajemčenih prava na suđenje u razumnom roku, na čiju se povredu podnositeljka ustavne žalbe poziva, a polazeći od utvrđenih činjenica i okolnosti koje se odnose na postupak pred nadležnim organima, Ustavni sud je utvrdio da je postupak pred Komisijom za vraćanje zemljišta Opštine M. Z. pokrenut 8. aprila 1991. godine podnošenjem zahteva za vraćanje oduzetog zemljišta od strane oca podnositeljke ustavne žalbe, da se podnositeljka ustavne žalbe uključila u postupak kao pravni sledbenik svog oca 16. maja 2003. godine i da postupak još nije pravnosnažno okončan. Sa druge strane, ocenjujući period u odnosu na koji je Ustavni sud nadležan da ispituje povredu prava na suđenje u razumnom roku, Sud je utvrdio da je period u kojem se građanima Republike Srbije jemče prava i slobode utvrđene Ustavom i obezbeđuje ustavnosudska zaštita u postupku po ustavnoj žalbi počeo da teče 8. novembra 2006. godine, danom proglašenja Ustava Republike Srbije. Međutim, polazeći od toga da postupak pred nadležnim organima po svojoj prirodi predstavlja jedinstvenu celinu koja započinje pokretanjem postupka, a završava se donošenjem odluke kojom je postupak trajno okončan, Ustavni sud je stao na stanovište da su, u konkretnom slučaju, ispunjeni uslovi da se prilikom ocene razumnog roka uzme u obzir celokupan period trajanja osporenog postupka. Kada je reč o dužini osporenog postupka, Ustavni sud je utvrdio da on traje 18 godina i da još nije pravnosnažno okončan, s tim da od momenta kada se podnositeljka ustavne žalbe uključila u postupak, isti pred Komisijom traje šest godina. Navedeno trajanje postupka samo po sebi ukazuje da postupak

nadležnih vlasti; g) značaj odluke o predmetu za podnosioca predstavke.[30]

---

nije okončan u okviru razumnog roka. Međutim, polazeći od toga da je pojam razumnog trajanja postupka relativna kategorija koja zavisi od niza činilaca, a pre svega od složenosti pravnih pitanja i činjeničnog stanja u konkretnom sporu, ponašanja podnosioca ustavne žalbe, ponašanja organa koji su vodili postupak, kao i značaja istaknutog prava za podnosioca, Ustavni sud je ispitivao da li su i u kojoj meri navedeni kriterijumi uticali na dugo trajanje postupka. U tom smislu, Ustavni sud je ocenio da je u konkretnom slučaju reč o složenoj pravnoj stvari. Najpre, u postupku učestvuje veći broj stranka, kako na strani predlagača, tako i na strani protivnika predlagača. Zatim, imajući u vidu da su imovinskopravni odnosi u konkretnoj pravnoj stvari složeni, postupak utvrđivanja činjeničnog stanja je bio veoma otežan. ...Mada je podnositeljka ustavne žalbe u izvesnoj meri i sama doprinela produžavanju trajanja postupka nedolaskom na četiri usmene rasprave koje su usled toga odložene, Ustavni sud nalazi da je Komisija za vraćanje zemljišta opštine Mali Zvornik navedenim nepravilnim i nedelotvornim postupanjem prevashodno doprinela ovako dugom trajanju postupka od preko 18 godina, posebno ako se ima u vidu da u osporenom postupku nije pravnosnažno odlučeno ni o jednom delu zahteva podnositeljke ustavne žalbe. Iz tih razloga, Ustavni sud je na osnovu člana 89. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu usvojio ustavnu žalbu i utvrdio da je podnositeljki ustavne žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava, kao u tački 1. izreke...“

(USS, Už-738/2009 od 12. 11. 2009)

2) 1. Usvaja se ustavna žalba M. M. i utvrđuje da je u postupku u predmetu Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd I. 237384, povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na suđenje u razumnom roku, zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije.

2. Utvrđuje se pravo podnosioca ustavne žalbe na naknadu nematerijalne štete, koju može ostvariti na način predviđen odredbama člana 90. Zakona o Ustavnom sudu.

3. Nalaže se nadležnim organima da preduzmu sve neophodne mere kako bi se postupak iz tačke 1. okončao u najkraćem mogućem roku.

Iz obrazloženja:

...Ustavni sud smatra da se pri ocenjivanju da li je vremenski rok za odlučivanje upravnih i sudskih organa o pravu ili obavezi stranke razuman, u svakom konkretnom slučaju, pored same dužine trajanja postupka, moraju uzeti u obzir i sledeći kriterijumi: složenost predmeta, ponašanje podnosioca ustavne žalbe, postupanje upravnih i sudskih organa, kao i to o kom pravu podnosioca je u konkretnom slučaju odlučivano.

Kada je reč o dužini osporenog postupka, Ustavni sud je utvrdio da je do momenta podnošenja ustavne žalbe osporeni postupak trajao trinaest godina i šest meseci i da još nije okončan.

Navedeno trajanje postupka samo po sebi ukazuje da postupak nije okončan u okviru razumnog roka. Međutim, polazeći od toga da je pojam razumnog trajanja sudskog postupka relativna kategorija koja zavisi od niza napred navedenih činilaca, Ustavni sud je ispitivao da li su i u kojoj meri oni uticali na ovako dugo trajanje postupka.

U tom smislu, Ustavni sud je ocenio da se u osporenom postupku nisu postavila naročito složena činjenična i pravna pitanja.

Ispitujući značaj predmeta spora za podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je ocenio da podnosilac ima značajan pravni i materijalni interes da se utvrdi da li mu je novčana naknada za telesno oštećenje pravilno određena.

Veoma su važne i ustavne norme o *pravnoj sigurnosti u krivičnom pravu*.[31] Na prvom mestu, tu je drevna maksima *nullum crimen,*

Ocenjujući ponašanje podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je zaključio da podnosilac nije u značajnijoj meri doprineo dugom trajanju postupka.

Ispitujući ponašanje upravnih i sudskih organa u ovoj pravnoj stvari, Ustavni sud je našao da je pogrešno i nedelotvorno postupanje Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd, Okružnog suda u N. i Vrhovnog suda Srbije prevashodno doprinelo ovako dugom trajanju postupka od trinaest godina i šest meseci.

U osporenom postupku, Okružni sud u N. i Vrhovni sud Srbije su pravilno nalazili da je Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd, u postupku donošenja drugostepenog rešenja činio povredu načela ocene dokaza iz člana 10. ZUP, s obzirom na to da je činjenice o telesnom oštećenju sluha podnosioca utvrđivao na osnovu nalaza i mišljenja organa veštačenja koji je po specijalnosti lekar neuropsihijatar. Međutim, po oceni Ustavnog suda, Okružni sud u N. i Vrhovni sud Srbije u svojim presudama, kojima su poništavali rešenja Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd, nisu davali tačne naloge navedenom organu u pogledu procesnih radnji koje treba da preduzme u ponovnom postupku. Naime, sudovi su nalagali Republičkom fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd da, u skladu sa odredbama pravilnika kojim je regulisano obrazovanje, organizacija i načina rada organa veštačenja, u sastavu drugostepenog organa veštačenja bude lekar koji je po specijalnosti otorinolaringolog. Međutim, odredbama navedenih pravilnika je predviđeno da se za obavljanje veštačenja određuje lekar veštak čija je specijalnost odgovarajuća ili srodna osnovnom oboljenju podnosioca, te je Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd u sastav drugostepenog organa veštačenja imenovao lekara veštaka neuropsihijatra, čija je specijalnost srodna osnovnom oboljenju podnosioca ustavne žalbe, s obzirom na to da ne raspolaže lekarom otorinolaringologom. Stoga, po oceni Ustavnog suda, Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd nije činio povrede odredaba postupka kada u sastav drugostepenog organa veštačenja nije imenovao lekara koji je po specijalnosti otorinolaringolog, jer ga odredbe pravilnika na to nisu ni obavezivale.

...Po oceni Ustavnog suda, odgovornost za neopravdano dugo trajanje postupka snosi i Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd, s obzirom na to da nije preduzeo sve procesne mere predviđene ZUP-om radi pribavljanja dokaza potrebnih za pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja i za donošenje zakonitog i pravilnog rešenja. Naime, zahtev Okružnog suda u Nišu i Vrhovnog suda Srbije da Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd pribavi mišljenje lekara otorinolaringologa je u stvari zahtev da veštačenje bude stručno, jer takvo veštačenje mogu da obezbede jedino stručnjaci odgovarajuće specijalnosti. Stoga je, po oceni Ustavnog suda, Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, Direkcija Beograd trebao da primeni član 181. ZUP i da sam i bez naloga suda zatraži veštačenje od naučne ili stručne ustanove koja ima lekara koji je po specijalnosti otorinolaringolog, s obzirom na to da se nedostaci u nalazu i mišljenju organa veštačenja koji je po specijalnosti neuropsihijatar nisu mogli otkloniti ni ponovnim saslušanjem veštaka.

Ustavnopravna ocena sprovedenog postupka u ovoj upravnopravnoj stvari, zasnovana na praksi Ustavnog suda, kao i praksi i kriterijumima Evropskog suda za ljudska prava, potvrđuje da je u konkretnom slučaju povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na suđenje u razumnom roku...

(USS, Už-1369/2009 od 4. 2. 2010)

nulla poene sine lege. Ona je povezana sa zabranom retroaktivnosti propisa, ali i za primenu blažeg a ranijeg propisa prema učiniocu (vid. odgovarajuća razmatranja). Zatim, vremenski uzev, *niko se ne smatra krivim unapred* – to jest nevin je! – sve dok se suprotno ne dokaže pravnosnažnom krivičnom presudom. Vremensko „vraćanje" na već pravnosnažno okončan predmet – posebno putem pravnog sredstva „ponavljanje postupka"[32] je, zarad gesla zakonitosti, strogo zakonski ograničeno na sasvim novi (ili, tek novosaznati) a respektabilan procesni materijal za odlučivanje.

Ustavno pravo na rehabilitaciju i naknadu štete[33] od države Srbije, odnosno od drugog javnog tela, ima u vidu *vremensku dimenziju* nezakonitog lišenja slobode, pritvora ili osude, kao i nezakonit ili nepravilan rad javne vlasti u periodu koji je prethodio zahtevu za ostvarivanje pripadajućeg prava. Dakle, u pitanju je vrsta parakompenzacije, novčanog karaktera za neregularno ponašanje onih koji bi trebalo da sprovode pravne norme, a ne da ih krše.

Trajanje mandata organa i pojedinih javnih funkcionera ustavnog ranga je, isto tako, bitna ustavna vremenska odrednica. Ona pojačava demokratski karakter obavljanja javnih funkcija, ozbiljnost i odgovornost njihovih nosilaca.[34] Važni su i rokovi za raspuštanje skupštine: „Narodna skupština se raspušta ako u roku od 90 dana od dana konstituisanja ne izabere Vladu." „Narodna skupština ne može da bude raspuštena za vreme ratnog ili vanrednog stanja." „Istovremeno sa raspuštanjem Narodne skupštine predsednik Republike raspisuje izbore za narodne poslanike, tako da se izbori okonačaju najkasnije za 60 dana od dana raspisivanja."[35] U Ustavu ne piše – pa se tako iskrsla nedumica pretvara u političko pitanje – šta se dešava ako se navedeni rokovi ne poštuju, odnosno prekorače. Tako se javljaju debalans, pa i praznine u funkcionisanju sistema, koje se popunjavaju prevashodno na dva načina: 1) pronalaženjem solucije u

30 Vid. opširnije u Tea Gorjanc Prelević, „Pravo na suđenje u razumnom roku", *Zbirka izabranih presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije*, Sarajevo 2009, 29–43. Vid. i Marija Kriletić, „Odlučivanje u razumnom roku u upravnim stvarima prema praksi Evropskog suda za ljudska prava", *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb 2007, *http://www.upravnisudrh.hr/dogadanja/opatija_2007/razumni_rok_kriletic.htm*, 11. jun 2018; Slavoljub Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Beograd 2008, 101 i sled.

31 Čl. 34 Ustava.

32 Ono je predviđeno i u upravnoprocesnom pravu u dve varijante, o čemu će biti reči kasnije.

33 Čl. 35.

34 Vid., recimo, čl. 102, 116, 128, 144 i čl. 172, st. 1 Ustava.

35 Vid. član 109 Ustava.

duhu Ustava, odnosno korišćenjem „spasonosnih“ mehanizama (ako ih ima); 2) primenom principa političke celishodnosti.

Lep primer rezervnog ustavnog mehanizma nalazimo u *roku za proglašenje zakona*.[36] Naime, ako predsednik Republike u ustavno postavljenim rokovima ne proglasi jedan zakon (i vrati ga Skupštini na ponovno odlučivanje), pa to ne učini ni drugi put – kada mu bude dostavljen ponovno izglasani zakon – ukaz o proglašenju zakona donosi predsednik Narodne skupštine.

Zanimljiva je i vremenska dimenzija pravnog instituta *interpelacije*.[37] Tu – između ostalog – imamo jedan instrukcioni i jedan odložni rok. Tako, „Vlada je dužna da odgovori na interpelaciju u roku od 30 dana“: sankcija za pasivnost može, u krajnjoj liniji, da bude samo politička (iako za takav slučaj u Ustavu nije ništa navedeno). S druge strane, „o pitanju koje je bilo predmet interpelacije ne može se raspravljati pre isteka roka od 90 dana“.

Ocena *ustavnosti zakona i pre njegovog stupanja na snagu*[38] ima preventivni karakter. Posredi je ukrštanje dva procesna toka: onog redovnog – izglasavanje zakona, čemu sledi njegovo proglašenje, i onog hitnog, neredovnog, kada se pre proglašenja već izglasanog zakona – *u međuvremenu* – ocenjuje njegova ustavnost (od Ustavnog suda, u roku od sedam dana, a po zahtevu bar jedne trećine narodnih poslanika). U tome pomalo zbunjuje sledeća ustavna formulacija: „Ako Ustavni sud donese odluku o neustavnosti zakona pre njegovog proglašenja, ova odluka će stupiti na snagu danom proglašenja zakona.“[39]

Iz toga proizlazi da se tada odnosni zakon proglašava bez odredaba za koje je utvrđeno da su neustavne. Zaključak: i tom prilikom se pokazuje da je u pravnom sistemu/poretku, osim *trajanja*, svakad presudan i *redosled* pojedinih radnji, odnosno predviđenih pravnih operacija, postupaka i akata. Prethodno vredi i za podnošenje ustavne žalbe: ona je pravno nedopuštena sve do procesnog stadijuma („momenta“) iscrpljivanja raspoloživih redovnih pravnih sredstava.[40]

A ako bi se uzelo da postoji nekakva ozbiljna sumnja u ustavnost odredbe određenog zakona dok teče sudski postupak pred redovnim sudom – mogli bismo se, teorijski i praktično uzev, pozvati i na princip tzv. *ekcepcije neustavnosti*. To je još jedan legalni i legitimni pravni put. Tako, „ako se u postupku pred sudom opšte ili posebne nadležnosti po-

[36] Čl. 113.

[37] Čl. 129.

[38] Čl. 169.

[39] St. 4 čl. 169.

[40] Čl. 170.

stavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, sud će zastati sa postupkom i pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom".[41] Dokrinarno, posredi je *neprimenjivanje (to jest izbegavanje) jednog opšteg, zakonskog ili podzakonskog pravnog akta u konkretnom slučaju zbog njegove neustavnosti, iako on formalno ostaje na snazi, tako što se ide na direktni ustavnopravni osnov*. U tom slučaju može se postupiti na dva načina: a) postupak se prekida – vremenska procesna pauza – i o iskrslom pitanju neustavnosti obaveštava ustavni sud (gde kao takav poseban organ postoji), odnosno pred njim se pokreće odgovarajući mehanizam za „suđenje pravu" – *takva je aktuelna solucija aktuelnog srpskog prava*, ili se pak niži sud obraća vrhovnom sudu matične države; b) neposredno se primenjuje ustav, bez prekidanja postupka, čime se problematičan zakon „preskače". U pravnim sistemima *common law*-a, posebno u američkom pravu, takvi zakoni se zbog dominantne pozicije vrhovnog suda (*Federal Supreme Court*) u odnosu na niže sudove (to je doktrina *stare decisis*)[42] i njegovog ovlašćenja da ocenjuje ustavnost zakona[43] – automatski faktički „stavljaju u stranu".[44] Sledstveno tome, niži sudovi, primenjujući odluke najvišeg suda, nemaju potrebu za prekidanjem postupka, te nastavljaju ignorisanje neustavnog zakona u istovrsnim konkretnim slučajevima, čime on postepeno biva „zaboravljen", ili ga pak zakonodavno telo pre ili kasnije promeni ili zameni.[45]

Period tzv. izuzetnih društvenih i sledstvenih pravnih stanja – vanredno i ratno[46] – krajnje je delikatan. Ali kod pravnog instituta vanrednog stanja umetnut je – kao jedan od odlučujućih – i jasan vremenski omeđujući faktor: 1) trajanje vanrednog stanja – „najduže 90 dana", „može se produžiti za još 90 dana"; 2) tokom tih stanja Narodna skupština potvrđuje odluku o vanrednom stanju „u roku od 48 sati od njenog dono-

---

[41] Čl. 63 Zakona o Ustavnom sudu (*Službeni glasnik RS*, br. 109/07, 99/2011, 8/13 – odluka US, 103/15 i 40/15 – dr. zakon).

[42] Upućujem na: Gero Rudolf Dolezalek, *Stare Decisis: Persuasive Force of Precedent and Old Authority* (*12th–20th Century*), Cape Town 1989; Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford – New York 2008; Charles R. Calleros, *Legal Method and Writing*, 5th edition, New York 2006; Scott Hershovitz, „Integrity and Stare Decisis", *Exploring Law's Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin* (ed. Scott Hershovitz), Oxford – New York 2006.

[43] Počev od 1803. čuvena precedentna odluka sudije Džona Maršala u sporu *Marbury v. Madison*. Vid. Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi, elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd 1984, 101.

[44] Slično i Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 1995, 223–224.

[45] Prema Z. R. Tomić, 195–196.

[46] Čl. 200–202.

šenja, odnosno čim bude u mogućnosti da se sastane", a Vlada je dužna da uredbu o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava podnese na potvrdu Narodnoj skupštini u roku od 48 sati od njenog donošenja, odnosno čim Narodna skupština bude u mogućnosti da se sastane. „U suprotnom, mere odstupanja prestaju da važe 24 sata od početka prve sednice Narodne skupštine održane po proglašenju vanrednog stanja."[47] Nasuprot, za „ratno stanje" nema pomenutih vremenskih, već su propisana jedino situaciona ograničenja: 1) „...kad Narodna skupština ne može da se sastane"...; 2) mere iz ratnog stanja „potvrđuje Narodna skupština kad bude u mogućnosti da se sastane".[48]

Kontinuitet ustavnog poretka jedne države obezbeđuje se (i) *postupkom promene postojećeg ustava, odnosno procedurom za donošenje novog ustava*.[49] U taj lanac pravnih koraka sa više učesnika ugrađene su i pojedine vremenske komponente. Ukazaću samo na dva monemta: 1) „Kada se akt o promeni Ustava stavi na potvrđivanje, građani se na referendumu izjašnjavaju najkasnije u roku od 60 dana od dana usvajanja akta o promeni Ustava";[50] 2) „Ustav ne može biti promenjen za vreme ratnog ili vanrednog stanja".[51]

2. *Sprovedbeni ustavni zakon* redovno se u ovdašnjem miljeu naziva Ustavni zakon za sprovođenje Ustava;[52] svaki ustav biva oživotvoren odgovarajućim procesnim zakonom za njegovo sprovođenje. U središtu takvog propisa ustavnog ranga nalaze se rokovi za „ustoličenje", za instalaciju, za početak rada ustavom predviđenih organa, za prelazak na novi ustavni režim. Oni su brojni: neki su dati u formi fiksnog roka,[53] a neki u vidu kombinacije odložnog i raskidnog roka („najranije" i „najkasnije"), [54] neki i opisno, situaciono.[55]

3. SAŽIMANJE MISLI

Vreme je treća dimenzija prava – uz pravdu i pravnu sigurnost. Vreme je, osim prostora, realna podloga prava, ali i njegova konstitutiv-

[47] Čl. 200, st. 9 *in fine.* Čl. 201, st. 2 i 5. Čl. 203–204.

[48] Čl. 201, st. 2 i 5.

[49] Čl. 203–204.

[50] Čl. 203, st. 8.

[51] Čl. 204.

[52] Što se tiče Ustava Republike Srbije iz 2006, njegov prateći – sprovedbeni ustavni zakon, objavljen je u *Službenom glasniku RS*, br. 98/2006.

[53] Primerice, rok iz čl. 8.

[54] Vid. čl. 3 Ustavnog zakona o kome je reč.

[55] Kao primer, vid. čl. 9, st. 1 odnosnog propisa.

na komponenta. Ustav se donosi u određenom vremenu, čiji uticaj trpi. I traje određeno vreme. A u ustavnom tekstu vreme je neretko odrednica, ograničenje, putokaz. Podvlačim: vreme je ujedno idealna, mentalna, ali i realna, objektivna pojava. I proces, i odnos, i tok. Vreme je činilac ustavnosti i zakonitosti. U ustavu je vreme podruštvljeno, legitimno politizovano, kontrolisano. S druge strane, ono je i samo kontrolor i regulator ustavnih procesa. Vreme je činilac harmonije, sistematičnosti, celovitosti, zaokruženosti – i ustavnog teksta i njegovog predmeta. Na koncu, vreme se može sagledavati kao početak, i kao kraj – i kao momenat, i kao niz sukcesivnih koraka, kao ograničenje, kao prostor, „omot" u kome se nešto aktivno odvija. Podsećam: „ćutanje" – pasivnost, i neblagovremenost su nepravo, onda kada je propisana dužnost službenog, javnopravnog činjenja. U *ustavnim okvirima*, od preambule, duž celine ustavnog tkiva – naročito u rokovima, elementima ustavnosti i zakonitosti, ljudskim slobodama i pravima, pravnim lekovima, pravnoj sigurnosti, posebno u krivičnom pravu, mandatima javnih funkcionera, raspuštanju parlamenta, vanrednom i ratnom stanju, promenama ustava i drugom, na kraju i u sprovedbenom ustavnom zakonu – vreme ima nužno pripadajuće, temeljno i dinamičko mesto.

S druge strane, ustavne vremenske praznine – tamo gde tekst ustava „ćuti" – nužno se moraju dosledno popuniti: primenom ustavnih načela, ustavnim običajima i konvencijama, kao i argumentovanim i postojanim stavovima ustavnosudske prakse. Da bi pravo na najvišem, ustavnom nivou bilo razumno, moralno i pravedno, jasno i usklađeno. Najzad, i jedna spoljna komponenta vremena spram ustava: svaki ustav pripada određenom vremenu, ali je važno da bude donet – pa i promenjen, odnosno zamenjen drugim – blagovremeno, kad za tako nešto sazru društvene okolnosti, kada određeni društveni procesi budu iscrpeni, drugi započeti ili tek na vidiku. Ustavni zadatak je svakad da stabilizuje, kodifikuje, kao i da motiviše i pokrene. Da ne zaostaje za vremenom, da ga prati, ali i, u meri u kojoj je to po svojoj prirodi i rangu u stanju, da diriguje sadržinu nastupajućih vremenskih zbivanja na političko--pravnom terenu. Dakle, ustav ne sme biti fasada, koja ne odgovara vremenu, društvu i državi u kojoj se i za koje se donosi – već njihov savremeni i „otvoreni" odraz i smer. Otvoren za napredne ideje i dostignuća svekolikog društvenog blagostanja, demokratije, slobode i civilizacijskog javnog poretka uronjenog u date međunarodne prilike.

„Čarolija sadržana u svakom novom početku leži u tome što se zaostalo vreme pokrene, donese optimizam, ponese čoveka za sobom."[56] Sećanje je oblik zaborava, veli *Kundera*. Ali, s druge strane, „zaborav je umetnost da se počeci nađu tamo gde ih zapravo nema" (*Zafranski*).

[56] R. Zafranski, 14.

LITERATURA (REFERENCES)

Calleros, Ch. R., *Legal Method and Writing,* 5th edition, New York 2006.

Carić, S., *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Beograd 2008.

Dolezalek, G. R., *Stare Decisis: Persuasive Force of Precedent and Old Authority* (*12th–20th Century*), Cape Town 1989.

Ditertr, Ž., *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2006.

Fuler, L., *Moralnost prava*, drugo izdanje, Beograd 2011.

Gerhardt, M. J., *The Power of Precedent,* Oxford – New York 2008.

Gorjanc Prelević, T., „Pravo na suđenje u razumnom roku“*, Zbirka izabranih presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije*, Sarajevo 2009.

Hershovitz, S., „Integrity and Stare Decisis“, *Exploring Law's Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin* (ed. Scott Hershovitz), Oxford – New York 2006.

Husserl, E., *Logische Untersuchungen*, I–II, Tübingen, 1980 (orig., 1900–1901; *Ideen zu einer reinen Phenomenologie ubd phenomenologischen Philosophie*, Tübingen, 1980 (orig., 1913).

Huserl, E., *Predavanja o fenomenologiji unutrašnje vremenske svijesti* (prev. Časlav D. Koprivica), Sremski Karlovci – Novi Sad 2004.

Jakšić, A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Beograd 2006.

Jovičić, M., *Veliki ustavni sistemi, elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd 1984.

Krletić, M., „Odlučivanje u razumnom roku u upravnim stvarima prema praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Zagreb 2007.

Lukić, R., *Sistem filozofije prava, 1. Filozofija; 2. Filozofija prava*, Beograd 2012.

Marković, R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 1995.

Odyakmaz, Z. „Time in Law and issue of reasonable period of time in administrative judiciary“, *Pravni život* 11/09.

Perović, S., *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, Teorija sukoba zakona u vremenu,* Beograd 1987.

Reinach, A., *Zur Phänomenologie des Rechts*, München 1953.

Sioran, E., *Pad u vreme* (prev. sa franc. M. Kozić), Novi Sad 2008.

Šikić, M., „Pravo na suđenje u razumnom roku u praksi Upravnog suda Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 30(1)/1991.

Tomić, Z. R., *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, drugo, dopunjeno izdanje, Beograd 2012.

Uzelac, M., *Fenomenologija*, Novi Sad 2009.

Vrhovni sud Srbije, *Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije*, Beograd 2007.

Zafranski, R., *Vreme*, Beograd 2017.

Zoran R. Tomić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

TIME AND (IN) THE CONSTITUTION: DOMESTIC LAW WITH INTRODUCTORY PHILOSOPHICAL NOTE

Summary

Time can be seen as ideal, mental on one side and as realistic, objective phenomenon, on the other side. As more or less stable, present-day „givenness“ but also as „program“ projection. Time is respectable fact, relationship, process, flow: it is a factor of legality, component of predictability and consistency. It is a synchronization of occurences, proceedings and its continuity. At the end, time can be viewed as a beggining, but also as a completion – as a moment, as a series of successive steps, as a restriction, as a space where something is actively taking place. And the „silence“ in the meaning of non-performance and delay constitute an unlawful act if the duty to act in official capacity is prescribed.

Key words: *Time. – Constitution. – Legal Certainty. – Constitutionality and Legality. – Retroactivity of Law.*

Article history:
Received: 16. 6. 2018.
Accepted: 13. 12. 2018.

UDK 341.96:341.236

CERIF: S150

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901026G

Dr Uglješa Grušić*

PRIVATNOPRAVNI ASPEKT ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA PROTIVPRAVNE EKSTRATERITORIJALNE AKTE**

Ovaj članak se bavi pitanjem da li i u kojoj meri privatno pravo ima ulogu u regulisanju ekstrateritorijalnih državnih akata. To pitanje se postavlja prevashodno u kontekstu upotrebe sile u međunarodnim odnosima. Pitanje ima teorijski značaj jer se privatnopravna odgovornost države za protivpravne ekstrateritorijalne akte nalazi na raskršću kako privatnog i javnog prava tako i unutrašnjeg i međunarodnog prava i, kao takvo, dovodi u pitanje izdržljivost fundamentalnih podela i kategorija na kojima je savremeno pravo zasnovano. Pitanje ima i praktičan značaj jer privatnopravne tužbe imaju potencijal da postanu važan mehanizam za uspostavljanje odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Praktični značaj tog pitanja aktuelizovan je u Srbiji ponovnim pokretanjem rasprave o inicijativi da se podignu tužbe protiv država članica NATO-a za naknadu štete koja je naneta civilima i životnoj sredini u Srbiji usled bombardovanja osiromašenim uranijumom.

Ključne reči: *Odgovornost države. – Privatno pravo. – Međunarodni odnosi. – Upotreba sile. – Uporedno pravo.*

---

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta, *University College London*, *u.grusic@ucl.ac.uk*.

** Ranija verzija ovog rada predstavljena je na seminaru održanom na Institutu za filozofiju i društvenu teoriju Univerziteta u Beogradu 13. juna 2018. godine. Zahvaljujem dr Aleksandru Pavloviću na pozivu. Zahvalan sam i dr Mateji Đuroviću i anonimnim recenzentima na korisnim sugestijama.

1. UVOD

Međunarodni sukobi, mirovne misije i borba protiv terorizma često dovode do protivpravne povrede pravno zaštićenih interesa. Dovoljno je setiti se slučajeva protivpravnog oduzimanja života i slobode, povrede fizičkog i psihičkog integriteta i oduzimanja i uništavanja imovine, koji su počinjeni tokom sukoba u bivšoj Jugoslaviji, Iraku i Avganistanu, i „rata protiv terora“ koji su SAD pokrenule nakon 11. septembra 2001. godine.

Na pitanje da li je određeno činjenje ili nečinjenje određene države tokom međunarodnog sukoba, mirovne misije ili borbe protiv terorizma protivpravno obično se primenjuje međunarodno javno pravo, to jest međunarodno humanitarno pravo i pravo ljudskih prava. Značajno je i unutrašnje javno pravo, pre svega ustavne garancije ljudskih prava i sloboda. U sudskoj praksi pojedinih država postavilo se i pitanje da li i u kojoj meri i privatno pravo ima ulogu u regulisanju ekstrateritorijalnih državnih akata počinjenih u okviru upotrebe sile u međunarodnim odnosima. To je i glavno pitanje kojim se ovaj članak bavi.

Teorijski i praktičan značaj tog pitanja je veliki. Teorijski značaj leži u činjenici da se privatnopravna odgovornost države za protivpravne akte koji predstavljaju tipičan izraz suverenosti koji su počinjeni ili proizvode dejstvo na teritoriji druge države nalazi na raskršću kako privatnog i javnog prava tako i unutrašnjeg i međunarodnog prava. Mešanje unutrašnje i međunarodne sfere, privatne i javne sfere, kao i prava i politike, do kojeg neminovno dolazi, dovodi u pitanje izdržljivost fundamentalnih podela i kategorija na kojima je savremeno pravo zasnovano. Stoga je jedno od pitanja kojima se ovaj članak bavi da li i kako međunarodnopravni i javnopravni kontekst u kojem se pitanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte postavlja utiče na primenu pravila međunarodnog privatnog prava i materijalnog privatnog prava.

Praktičan značaj leži u činjenici da žrtve protivpravnih akata počinjenih tokom međunarodnih sukoba, mirovnih misija i borbe protiv terorizma često tuže odgovornu državu pred sudovima te države[1] i svoje tužbe zasnivaju na osnovima deliktne odgovornosti koji postoje u privatnom pravu. Pitanje uloge privatnog prava u regulisanju ekstrateritorijalnih državnih akata počinjenih u okviru upotrebe sile u međunarodnim odnosima ima poseban značaj za pravnike u Srbiji. Poznato je da su mnoge žrtve bombardovanja Jugoslavije koje je izvršio NATO tražile pravdu pred

[1] Država ne može biti tužena pred sudovima druge države za *acta iure imperii*: *Mek Elhini protiv Irske*, presuda Evropskog suda za ljudska prava, predstavka br. 31253/96, 21. novembar 2001, (2002) 34 EHRR 13; *Lehuritu protiv Nemačke*, presuda Evropskog suda pravde, slučaj br. C-292/05, 15. februar 2007, [2007] ECR I-1519; *Jurisdikcioni imuniteti države (Nemačka protiv Italije: intervencija Grčke)*, presuda Međunarodnog suda pravde, 3. februar 2012, 2012 ICJ Reports 99.

stranim i međunarodnim sudovima. Presude u tim slučajevima čine srž uporednog i međunarodnog prava o privatnopravnoj odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Presude nemačkih sudova su već bile predmet analize u ovom časopisu.[2] U proleće 2018. godine ponovo je pokrenuta rasprava o inicijativi da se podignu tužbe protiv država članica NATO-a za naknadu štete koja je naneta civilima i životnoj sredini u Srbiji usled bombardovanja osiromašenim uranijumom i najavljeno je podnošenje takvih tužbi.[3] To je dobar povod da se predstavi i oceni praksa stranih sudova koji su se bavili privatnopravnim tužbama protiv države za događaje u bivšoj Jugoslaviji, a koje su podneli tužioci iz bivše Jugoslavije. Imajući u vidu da su slične tužbe pokretane u vezi sa događajima u Iraku, Avganistanu i „ratu protiv terora" i da presude u tim slučajevima čine deo pravnog pejzaža sa kojim će se suočiti žrtve iz Srbije koje žele da tuže države članice NATO-a, neophodna je široka uporednopravna analiza. Stoga je još jedno od pitanja kojima se ovaj članak bavi da li privatnopravne tužbe mogu biti mehanizam za uspostavljanje odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte.

Ovaj članak je podeljen u šest delova. Nakon ovog uvodnog dela sledi opis konteksta u kojem se postavlja pitanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Treći deo se bavi doktrinama razvijenim u uporednom pravu koje omogućavaju sudovima da odbace, bez ulaženja u meritum spora, privatnopravne tužbe koje se tiču spoljnih poslova i poslova odbrane. Četvrti deo se bavi različitim vidovima sukoba zakona do kojih tužbe ovog tipa dovode. Peti deo je posvećen pitanju da li i u kojoj meri kontekst utiče na primenu merodavnog materijalnog privatnog prava analiziranjem dva materijalnopravna pitanja: prestanka privatnopravne odgovornosti i zastarelosti. Šesti, poslednji deo je zaključak.

2. KONTEKST

Međunarodni sukobi, mirovne misije i borba protiv terorizma postoje odavno. Međutim, tužbe za uspostavljanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte relativno su noviji fenomen. Presude koje se bave tim vidom odgovornosti države počele

[2] Aleksandar Jakšić, „Direktklagen von Kriegsopfern gegen Staaten mit genauerem Blick auf die NATO Operation 'Allied Force' in der BW Jugoslawien: 10 Jahre Später", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2009, 161.

[3] „Prvi simpozijm o posledicama bombardovanja", *Politika*, 18. jun 2018, *www.politika.rs/sr/clanak/405761/Prvi-simpozijum-o-posledicama-bombardovanja*, 22. februar 2019; „U oktobru prve tužbe zbog bolesti izazvanih bombardovanjem", *Politika*, 11. avgust 2018, *www.politika.rs/sr/clanak/409085/U-oktobru-prve-tuzbe-zbog-bolesti-izazvanih-bombardovanjem*, 22. februar 2019.

su da se javljaju u značajnom broju u različitim državama tek početkom ovog milenijuma i obuhvataju presude iz Italije,[4] Nemačke,[5] Ujedinjenog Kraljevstva[6] i Holandije[7] u vezi sa sukobima i mirovnim misijama u bivšoj Jugoslaviji, presude iz Ujedinjenog Kraljevstva,[8] Nemačke[9] i SAD[10] u vezi sa sukobima i mirovnim misijama u Iraku i Avganistanu i presude iz Australije,[11] Ujedinjenog Kraljevstva[12] i SAD[13] u vezi sa „ratom protiv terora". Pitanje koje se postavlja jeste šta je uzrokovalo rasprostranjenost i rast broja takvih presuda u poslednje dve decenije.[14]

4 *Predsednik Saveta ministara protiv Markovića*, odluka Kasacionog suda, br. 8157, 8. februar 2002.

5 Slučaj *Varvarinski most*, presuda Saveznog suda (BGH), III ZR 190/05, 2. novembar 2006, potvrđena od Ustavnog suda (BVerfG), 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, 13. avgust 2013.

6 *Kontić protiv Ministarstva odbrane*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 4. avgust 2016, [2016] EWHC 2034 (QB). Vid. takođe *Bići protiv Ministarstva odbrane*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 7. april 2004, [2004] EWHC 786 (QB).

7 *Holandija protiv Mustafića i Nuhanovića*, presuda Vrhovnog suda, 6. septembar 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; *Majke Srebrenice protiv Holandije*, presuda Apelacionog suda u Hagu, 27. jun 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

8 *Al Džeda protiv državnog sekretara za odbranu (br. 1)*, presuda Doma lordova, 12. decembar 2007, [2007] UKHL 58; *Irački civili protiv Ministarstva odbrane*, presuda Vrhovnog suda, 12. maj 2017, [2016] UKSC 25; *Rahmatula (br. 2) protiv Ministarstva odbrane*, presuda Vrhovnog suda, 17. januar 2017, [2017] UKSC 1; *Belhadž protiv Stroua*, presuda Vrhovnog suda, 17. januar 2017, [2017] UKSC 3; *Alseran protiv Ministarstva odbrane*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 14. decembar 2017, [2017] EWHC 3289 (QB).

9 Slučaj *Kunduz*, presuda Saveznog suda (BGH), III ZR 140/15, 6. oktobar 2016.

10 Presude američkih sudova su isuviše brojne da bi se nabrojale u jednoj fusnoti. Vid. James E. Pfander, *Constitutional Torts and the War on Terror*, Oxford University Press, Oxford 2017; Beth Stephens *et al.*, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2008[2].

11 *Habib protiv Australije*, presuda Federalnog suda, 25. februar 2010, [2010] FCAFC 12.

12 *Belhadž protiv Stroua*, presuda Vrhovnog suda, 17. januar 2017, [2017] UKSC 3.

13 Vid. J. E. Pfander; B. Stephens *et al.*

14 Ovaj članak se neće baviti presudama iz Nemačke i drugih država o odgovornosti Nemačke za događaje iz Drugog svetskog rata. Prvi je razlog što su presude u slučajevima *Varvarinski most* i *Kunduz* sada vodeće nemačke presude o odgovornosti Nemačke za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Drugi je razlog što je sada nesporno (vid. fn. 1) da pravila o imunitetu iz međunarodnog javnog prava štite Nemačku od sudskih postupaka u drugim državama za *acta iure imperii*, te su stoga presude nenemačkih sudova koje se bave odgovornošću Nemačke za događaje iz Drugog svetskog rata donete protivno međunarodnom javnom pravu. Ovaj članak se takođe neće baviti presudama izraelskih sudova koje se tiču odgovornosti Izraela koja proizlazi iz izraelsko-palestinskog konflikta zbog specifičnih pitanja kojima su se te presude bavile. Vid. Michael Karayanni, *Conflicts in a Conflict: A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories*, Oxford University Press, Oxford 2014.

I pored „humanizacije“ međunarodnog javnog prava do koje je došlo nakon Drugog svetskog rata,[15] žrtve protivpravnih akata počinjenih tokom međunarodnih sukoba, mirovnih misija i borbe protiv terorizma ne mogu da tuže odgovornu državu pred Međunarodnim sudom pravde i većinom drugih međunarodnih foruma zbog nedostatka aktivne procesne legitimacije.[16] Sa stanovišta klasičnog međunarodnog javnog prava, pojedince na međunarodnom nivou zastupa i štiti država čiji su državljani. Ali čak i kada država odluči da pruži diplomatsku zaštitu svom državljaninu, postupak se ne može pokrenuti pred Međunarodnim sudom pravde i drugim međunarodnim forumima protiv odgovorne države bez njene saglasnosti. Glavni izuzetak od tih principa su međunarodni sudovi i tela za zaštitu ljudskih prava, pre svega Evropski sud za ljudska prava u Strazburu.

Evropski sud za ljudska prava uspostavio je određena ograničenja za primenu Evropske konvencije o ljudskim pravima na akte počinjene tokom međunarodnih sukoba, mirovnih misija i borbe protiv terorizma. Ta ograničenja su među glavnim razlozima za rasprostranjenost i rast broja presuda koje se bave privatnopravnom odgovornošću države za protivpravne ekstrateritorijalne akte na evropskom kontinentu. Dva najznačajnija ograničenja su uspostavljena u presudama koje se tiču sukoba i mirovnih misija u bivšoj Jugoslaviji. U slučaju *Banković protiv Belgije*,[17] Evropski sud za ljudska prava ograničio je *ratione loci* polje primene Konvencije. U slučaju *Behrami i Saramati protiv Francuske*,[18] Evropski sud za ljudska prava presudio je da su akti vojnika KFOR-a pripisivi isključivo Ujedinjenim nacijama, pod čijim okriljem je KFOR uspostavljen, a ne državama koje su te vojnike poslale ili NATO-u. Budući da je akt bombardovanja Radio-televizije Srbije pao van *ratione loci* polja primene Konvencije i budući da UN ne mogu biti tužene pred Evropskim sudom za ljudska prava, predstavke tužilaca u slučajevima *Banković*, *Behrami i Saramati* odbačene su kao neprihvatljive. U slučajevima u kojima mehanizam za zaštitu ljudskih prava koji je ustanovljen Evropskom konvencijom nije dostupan ili je neizvesno da li je dostupan, žrtvama ostaje da pokušaju da ostvare pravdu pred sudovima evropskih država, zasnivajući svoje tužbe protiv odgovorne države na osnovima odgovornosti koji postoje u privatnom pravu.

---

15 Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2006.

16 Burkhard Hess, „The Private-Public Divide in International Dispute Resolution“, *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, Tome 388, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2017, poglavlje III i 209–211.

17 Odluka Evropskog suda za ljudska prava, predstavka br. 52207/99, 12. decembar 2001, (2007) 44 EHRR SE5.

18 Odluka Evropskog suda za ljudska prava, predstavke br. 71412/01 i 78166/01, 2. maj 2007, (2007) 45 EHRR SE10.

Ukoliko se fokus prebaci sa evropskog kontinenta na rasprostranjenost i rast broja presuda koje se bave privatnopravnom odgovornošću države za protivpravne ekstrateritorijalne akte na svetskom nivou, dve stvari padaju u oči. Prva je ta da su američki sudovi razvili brojne doktrine koje im omogućavaju da odbace, ne ulazeći u meritum spora, tužbe koje se tiču američkih vojnih i bezbednosnih operacija.[19] Druga je ta da je nemogućnost pokretanja tužbi pred američkim sudovima koje se tiču američkih vojnih i bezbednosnih operacija, takozvani američki „ekstralegalizam",[20] dovela do toga da žrtve američkih operacija neretko traže pravdu pred sudovima američkih saveznika.[21] Budući da SAD ne mogu biti tužene pred sudovima drugih država za *acta iure imperii*,[22] pred neameričkim sudovima su pokretane tužbe protiv američkih saveznika za njihovo saučesništvo u protivpravnim aktima koje su počinile američka vojska i bezbednosne službe.

U ovom delu članka pokazali smo da su se rasprostranjenost i rast broja presuda koje se bave privatnopravnom odgovornošću države za protivpravne ekstrateritorijalne akte u protekle dve decenije dogodili iz nekoliko razloga. Jedan je taj što je takva privatnopravna odgovornost države alternativa odgovornosti po osnovima koji postoje u međunarodnom javnom pravu i što ograničenja za uspostavljanje odgovornosti države koja postoje u međunarodnom javnom pravu ili ne postoje ili se ne ispoljavaju na isti način u privatnom pravu. Drugi razlog je taj što se zbog nemogućnosti pokretanja tužbi koje se tiču američkih vojnih i bezbednosnih akcija pred američkim sudovima pokreću tužbe pred neameričkim sudovima protiv američkih saveznika za njihovo saučesništvo u protivpravnim aktima koje su počinile američka vojska i bezbednosne službe. Još jedan razlog opšteg karaktera je taj što je „naša kultura... prožeta pravom uopšte, a posebno ljudskim pravima, do te mere da su čak i oni državni akti koji su doskora bili posmatrani kao tipičan izraz suverene vlasti potpali pod lupu javnosti, kako u javnom govoru tako i pred sudovima".[23]

---

19 Vid. J. E. Pfander; B. Stephens *et al.*

20 Kent Roach, „Substitute Justice: Challenges to American Counterterrorism Activities in Non-American Courts", *Mississippi Law Journal* 5/2013, 907, 917.

21 *Ibid*. Vid. *Belhadž protiv Stroua*, presuda Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva, 17. januar 2017, [2017] UKSC 3; *Habib protiv Australije*, presuda Federalnog suda Australije, 25. februar 2010, [2010] FCAFC 12; *Arar protiv Kanade*, tužba dostupna na *www.falconers.ca/wp-content/uploads/2016/09/Ara-Statement-of-Claim.pdf*, 22. februar 2019.

22 Vid. fn. 1.

23 Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford University Press, Oxford 2011, 5.

3. DOKTRINE KOJE ISKLJUČUJU ULOGU SUDOVA U STVARIMA KOJE SE TIČU SPOLJNIH POSLOVA I POSLOVA ODBRANE

Podela prava na privatno i javno jedna je od fundamentalnih podela na kojima su zasnovana skoro sva savremena prava. Po uobičajenom i donekle uprošćenom shvatanju, privatno pravo se bavi regulisanjem privatnopravnih odnosa koji nastaju između pojedinaca i privrednih društava; javno pravo reguliše aktivnosti države, to jest nadležnosti i odnose između organa državne vlasti i odnos između organa državne vlasti i građana.[24] Iako je u mnogim pravnim sistemima načelno moguće podneti tužbu protiv države za naknadu štete po pravilima privatnog prava čak i kada država nastupa u zvaničnom svojstvu,[25] privatnopravne tužbe protiv države za protivpravne ekstrateritorijalne akte u mnogim pravnim sistemima ili nisu dozvoljene ili su predmet značajnih ograničenja. Razlog je u tome što se takve privatnopravne tužbe nalaze na raskršću privatnog i javnog prava i što gravitaciona sila javnog prava preovlađuje.

Privatnopravne tužbe protiv države za protivpravne ekstrateritorijalne akte tiču se spoljnih poslova i poslova odbrane. Ti poslovi su u većini pravnih sistema u nadležnosti izvršne vlasti jer to omogućava njihovo efikasno obavljanje. Da bi se zaštitila nadležnost izvršne vlasti i da bi se obezbedilo da država nastupa sa jednim glasom, u uporednom pravu su razvijene doktrine koje omogućavaju sudovima da odbace, ne ulazeći u meritum spora, privatnopravne tužbe koje se tiču spoljnih poslova i poslova odbrane. Takve doktrine su razvijene u Ujedinjenom Kraljevstvu, Italiji, Nemačkoj i SAD.

U engleskom pravu postoje dve povezane doktrine koje omogućavaju engleskim sudovima da odbace privatnopravne tužbe protiv organa ili predstavnika britanske države za protivpravne ekstrateritorijalne akte.[26] Prva je doktrina državnog akta Krune (*Crown act of state*). Druga je doktrina stranog državnog akta (*foreign act of state*). Doktrina državnog akta Krune primenjuje se u slučajevima činjenja ili nečinjenja organa ili predstavnika britanske države koja su ti organi ili predstavnici preduzeli u zvaničnom svojstvu. Doktrina stranog državnog akta primenjuje se u slučajevima kada se pred engleskim sudovima postavi pitanje priznanja i punovažnosti zakona i suverenih akata stranih država. Doktrina stranog državnog akta je stoga značajna u postupcima po tužbama protiv Ujedinjenog Kraljevstva za saučesništvo u protivpravnim aktima koje su poči-

---

[24] B. Hess, 71.

[25] Vid. Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, Oxford University Press, Oxford 2003.

[26] Vid. Campbell McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, poglavlja 7 i 12.

nile vojska i bezbednosne službe SAD ili druge strane države. U 2017. godini Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva doneo je dve presude koje su se bavile tim dvema doktrinama, a Visoki sud pravde Engleske doneo je još jednu značajnu presudu koja se bavila doktrinom državnog akta Krune.

U slučaju *Rahmatula (Rahmatullah) (br. 2) protiv Ministarstva odbrane*,[27] Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva je odlučio da doktrina državnog akta Krune obuhvata dva različita principa. Prvi je princip prema kojem određeni akti visoke politike izvršne vlasti počinjeni prilikom obavljanja spoljnih poslova, poput objave rata i mira, zaključivanja međunarodnih ugovora i aneksije i predaje teritorije, po svojoj prirodi ne mogu biti predmet sudskih postupaka. Takvi akti su van ustavnih ovlašćenja sudova prema engleskim pravilima o podeli vlasti te ih sudovi ne mogu kontrolisati. Prema drugom principu, doktrina državnog akta Krune predstavlja odbranu od tužbe zasnovane na osnovima deliktne odgovornosti koji postoje u privatnom pravu. Doktrina državnog akta Krune u tom smislu se primenjuje kada tužbu pokreće strani državljanin protiv britanske države koja se tiče akata počinjenih u inostranstvu radi izvršenja zvaničnih politika Ujedinjenog Kraljevstva iz oblasti spoljnih poslova, čak i ukoliko predmet tužbe u načelu može biti predmet sudskih postupaka. Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva naknadno je objasnio da se doktrina državnog akta Krune primenjuje bez obzira na to da li su akti ili politike u pitanju u skladu sa pravilima međunarodnog javnog prava.[28]

Jedno od pitanja koje je ostalo otvoreno nakon *Rahmatule* jeste da li se doktrina državnog akta Krune primenjuje ukoliko su akti ili politike u pitanju nezakoniti prema pravilima engleskog javnog prava. Tim pitanjem se bavio Visoki sud pravde Engleske u slučaju *Alseran (Alseran) protiv Ministarstva odbrane*.[29] Sud je odlučio da se doktrina državnog akta Krune ne primenjuje na akte ili politike koji mogu biti predmet sudskih postupaka i koji su nezakoniti prema pravilima engleskog javnog prava. *Ultra vires* akti i politike nemaju pravno dejstvo i stoga mogu dovesti do privatnopravne odgovornosti države. Primeri *ultra vires* akata i politika jesu mučenje i nehumano postupanje prema zatvorenicima, namerna upotreba smrtonosne sile protiv civila i neopravdani pritvori zatvorenika.[30] Prema mišljenju suda, takvi akti i politike su nezakoniti prema pravilima engleskog javnog prava zato što su protivni pravilima međunarodnog javnog prava, to jest međunarodnog humanitarnog prava

[27] 17. januar 2017, [2017] UKSC 1.

[28] Ovo naknadno objašnjenje Vrhovnog suda navedeno je u *Alseran protiv Ministarstva odbrane*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 14. decembar 2017, [2017] EWHC 3289 (QB), para. 48.

[29] *Ibid*.

[30] *Ibid*., para. 71.

i međunarodnog prava ljudskih prava.[31] Značaj slučaja *Alseran* leži u činjenici da je sud u toj presudi suštinski ograničio doktrinu državnog akta Krune putem ustanove javnog poretka i da sadržina javnog poretka zavisi od pravila međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava ljudskih prava.

U slučaju *Belhadž (Belhaj) protiv Stroua (Straw)*,[32] Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva se bavio doktrinom stranog državnog akta. Sud je objasnio da je ta doktrina deo engleskog međunarodnog privatnog prava i da obuhvata tri različita principa. Treći princip, koji je jedini značajan za potrebe ovog članka, jeste da će se sud uzdržati od odlučivanja i kritikovanja određenih suverenih akata koje je strana država preduzela u inostranstvu van svoje teritorije. Prilikom odlučivanja o tome da li će primeniti doktrinu stranog državnog akta, sud mora da uzme u obzir ne samo ustavna pravila o podeli vlasti i suverenu prirodu akata strane države, već i da utvrdi da li se i u kojoj meri akti strane države tiču osnovnih ljudskih prava na slobodu, prava na pravično suđenje i nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta. Doktrina stranog državnog akta je stoga takođe ograničena ustanovom javnog poretka, čija sadržina zavisi, između ostalog, od pravila međunarodnog prava ljudskih prava. Ta doktrina do sada još nije dovela do odbacivanja privatnopravnih tužbi protiv britanske države za protivpravne ekstrateritorijalne akte.[33]

Italijanski Kasacioni sud je razvio doktrinu sličnu engleskoj doktrini državnog akta Krune u slučaju *Predsednik Saveta ministara protiv Markovića*.[34] Slučaj se ticao odgovornosti Italije za naknadu štete koja je naneta tužiocima kao posledica NATO bombardovanja Radio-televizije Srbije. Tužba protiv Italije bila je zasnovana na pravilima italijanskog Građanskog zakonika o deliktnoj odgovornosti. Kasacioni sud je odlučio da italijanski sudovi nemaju nadležnost da razmatraju tužbeni zahtev tužilaca:

> „Izbor sredstava koja će se koristiti za sprovođenje neprijateljstava je akt vlade. To su akti kojima se izvršavaju političke funkcije i Ustav predviđa da se one ustupaju ustavnom telu. Priroda takvih funkcija isključuje svaku tužbu za zaštićeni interes u vezi sa istima... U vezi sa aktima tog tipa, nijedan sud nema ovlašćenje da preispita način na koji je funkcija izvršena.“[35]

31 *Ibid.*, para. 327 i 328.

32 17. januar 2017, [2017] UKSC 3.

33 Australijsko pravo je slično: vid. *Habib protiv Australije*, presuda Federalnog suda, 25. februar 2010, [2010] FCAFC 12.

34 Odluka Kasacionog suda, br. 8157, 8. februar 2002.

35 *Ibid.*, para. 2.

Osim toga, italijanski zakoni koji implementiraju u italijansko pravo međunarodne sporazume kojima se reguliše sprovođenje neprijateljstava ne priznaju pojedinačno pravo na naknadu štete koja je naneta usled sprovođenja neprijateljstava protivno pravilima međunarodnog javnog prava.

Nezadovoljni tom presudom, tužioci su tužili Italiju za povredu prava na pravično suđenje garantovano čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima pred Evropskim sudom za ljudska prava. Taj sud je odbio predstavku iz razloga što italijanski Kasacioni sud nije lišio tužioce prava na utvrđivanje merituma njihovog tužbenog zahteva već je samo ispitao njihove tužbene zahteve u skladu sa italijanskim materijalnim pravom.[36]

I nemački sudovi su se u dva slučaja bavili isključenjem uloge sudova u stvarima koje se tiču spoljnih poslova i poslova odbrane. Slučaj *Varvarinski most* ticao se odgovornosti Nemačke za naknadu štete koja je naneta tužiocima kao posledica NATO bombardovanja mosta u Varvarinu. Tužba protiv Nemačke bila je zasnovana na pravilima nemačkog Građanskog zakonika i Ustava koja se odnose na odgovornost države. Prvostepeni sud je odlučio da se nemačka pravila o odgovornosti države ne mogu primeniti u tom slučaju.[37] Drugostepeni sud je prihvatio, prvi put u nemačkoj sudskoj praksi, načelnu mogućnost primene nemačkih pravila o odgovornosti države na protivpravne suverene akte počinjene tokom međunarodnih ratnih dejstava.[38] Drugostepeni sud je, međutim, odbio tužbeni zahtev pošto je našao da akt bombardovanja mosta u Varvarinu ne može biti pripisan Nemačkoj. Savezni sud je odbio tužbeni zahtev iz istog razloga i istovremeno napomenuo da ne mora da donese odluku o mogućnosti primene nemačkih pravila o odgovornosti države na protivpravne suverene akte počinjene tokom međunarodnih ratnih dejstava.[39] Ustavni sud je odbacio ustavnu žalbu tužilaca zbog slabog izgleda za uspeh tužbenog zahteva.[40] Taj sud je potvrdio da običajno međunarodno pravo ne priznaje pojedinačno pravo na naknadu štete koja je naneta usled sprovođenja neprijateljstava protivno pravilima međunarodnog javnog prava. Ustavni sud se takođe nije bavio pitanjem da li se nemačka pravila o odgovornosti države mogu primeniti na protivpravne suverene akte počinjene tokom međunarodnih ratnih dejstava.

Kunduz je drugi relevantan nemački slučaj. Taj slučaj se ticao naknade štete koja je naneta tužiocima kao posledica jednog nemačkog bombardovanja u Avganistanu. Tužba protiv Nemačke bila je zasnovana

[36] *Marković protiv Italije*, presuda Evropskog suda za ljudska prava, predstavka br. 1398/03, 14. decembar 2006, (2007) 44 EHRR 52.

[37] LG Bonn, 1 O 361/02, 10. decembar 2003.

[38] OLG Köln, Az 7 U 8/04, 28. jul 2005.

[39] BGH, III ZR 190/05, 2. novembar 2006.

[40] BVerfG, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, 13. avgust 2013.

na nemačkim pravilima o odgovornosti države. Prvostepeni sud je odlučio da se nemačka pravila o odgovornosti države načelno mogu primeniti na protivpravne suverene akte počinjene tokom međunarodnih ratnih dejstava.[41] Prvostepeni sud je, međutim, odbio tužbeni zahtev pošto je našao da bombardovanje u Kunduzu nije bilo protivno pravilima međunarodnog humanitarnog prava. Drugostepeni sud je odbio tužbeni zahtev iz istog razloga.[42] Savezni sud je takođe odbio tužbeni zahtev, ali zbog toga što je odlučio – suprotno odluci prvostepenog suda u slučaju *Varvarin* i odlukama nižih sudova u slučaju *Kunduz* – da se nemačka pravila o odgovornosti države ne mogu primeniti na protivpravne suverene akte počinjene tokom međunarodnih ratnih dejstava.[43]

Američki „ekstralegalizam",[44] to jest nepostojanje sudske kontrole američkih vojnih i bezbednosnih operacija, već je pomenut. Njega omogućavaju brojna pravila kao što su nedostupnost *Bivens (Bivens)*[45] tužbi za naknadu štete za ustavne delikte, doktrina političkog pitanja, pravila o podređenosti sudske ostalim oblicima vlasti u pitanjima nacionalne bezbednosti, doktrina kvalifikovanog imuniteta, stroga pravila o aktivnoj procesnoj legitimaciji, pravila o državnim tajnama itd.[46]

Od svih sudova koji su se bavili privatnopravnom odgovornošću države za protivpravne ekstrateritorijalne akte, jedino sudovi Holandije nisu razvili doktrine koje bi im omogućile da odbace takve tužbe.[47]

Ovim uporednopravnim pregledom pokazali smo da unutrašnje javno pravo ima veliki uticaj na privatnopravne tužbe protiv države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Na jednom kraju spektra su sudovi Italije, Nemačke i SAD koji su razvili veoma stroge doktrine koje isključuju ulogu sudova u stvarima koje se tiču spoljnih poslova i poslova odbrane. Na drugoj strani spektra su sudovi Holandije koji nisu razvili takve doktrine. Negde u sredini nalaze se engleski i australijski sudovi koji su razvili doktrine državnog akta Krune i stranog državnog akta, ali su ih istovremeno ograničili ustanovom javnog poretka.

---

41 LG Bonn, 1 O 460/11, 11. decembar 2013.

42 OLG Köln, 7 U 4/14, 30. april 2015.

43 BGH, III ZR 140/15, 6. oktobar 2016.

44 K. Roach, 917.

45 *Bivens protiv šest nepoznatih agenata Federalnog biroa za narkotike*, presuda Vrhovnog suda, 21. jun 1971, 403 US 388 (1971).

46 Vid. J. E. Pfander; K. Roach; B. Stephens *et al.*

47 Vid. *Holandija protiv Mustafića i Nuhanovića*, presuda Vrhovnog suda, 6. septembar 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, para. 3.18.3; *Majke Srebrenice protiv Holandije*, presuda Apelacionog suda u Hagu, 27. jun 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761, para. 39.1 i 39.2.

4. SUKOB ZAKONA I PRIVATNOPRAVNA ODGOVORNOST DRŽAVE ZA PROTIVPRAVNE EKSTRATERITORIJALNE AKTE

Činjenica da se privatnopravna odgovornost države za protivpravne ekstrateritorijalne akte nalazi na raskršću kako privatnog i javnog prava tako i unutrašnjeg i međunarodnog prava uzrokuje dva kvalitativno različita vida sukoba zakona. Prvi vid sukoba zakona jeste klasičan sukob zakona dve ili više država koje su povezane sa slučajem. Budući da su prava svih država načelno jednaka sa stanovišta primene multilateralnih kolizionopravnih normi, takav vid sukoba zakona može se nazvati „horizontalnim" sukobom zakona. Postoje određena pitanja koja se tiču privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte na čije rešavanje je teorijski moguće primeniti ne samo pravila unutrašnjeg prava već i direktno pravila međunarodnog javnog prava. Takva pitanja izazivaju sukob unutrašnjeg i međunarodnog prava. Budući da prema tradicionalnom shvatanju unutrašnje i međunarodno pravo postoje i dejstvuju na različitim nivoima, takav vid sukoba zakona može se nazvati „vertikalnim" sukobom zakona. Kombinacija „horizontalnog" i „vertikalnog" sukoba zakona može se čak nazvati i sukobom zakona u „tri dimenzije".[48]

U uporednom pravu su se razvila dva pristupa za rešavanje „horizontalnog" sukoba zakona u slučajevima koji se tiču privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Većina prava staje na stanovište da jaka veza koja u takvim slučajevima postoji između privatnog i unutrašnjeg javnog prava dovodi do primene prava države koja je preduzela akte u pitanju. Budući da pred sudovima jedne države ne mogu biti tužene druge države za *acta iure imperii*, prvi pristup uvek dovodi do primene *lex fori*. Taj pristup je oduvek postojao u Nemačkoj, gde su pravila o odgovornosti države sadržana u para. 839(2) nemačkog Građanskog zakonika i čl. 34 Ustava (Osnovnog zakona).[49] Isti pristup su zauzeli i australijski sudovi u slučaju *Habib (Habib) protiv Australije*,[50] u kojem je Australija bila tužena za delikte protivpravnog vršenja službene dužnosti (*misfeasance in public office*) i namernog, ali posrednog nanošenja štete (*intentional but indirect infliction of harm*), koje poznaje australijsko običajno pravo. Nakon početnog lutanja,[51] i holandski sudovi su

[48] C. McLachlan (2014); C. McLachlan, „The Allocative Function of Foreign Relations Law", *British Yearbook of International Law* 2012, 349.

[49] Vid. presude nemačkih sudova u slučajevima *Varvarin* i *Kunduz*. Vid. takođe i praksu nemačkih sudova u vezi sa odgovornošću države za događaje iz Drugog svetskog rata: Jan von Hein, „The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of Private International Law from a German Perspective", *Yearbook of Private International Law* 2001, 185.

[50] Presuda Federalnog suda, 25. februar 2010, [2010] FCAFC 12.

[51] Vid. presudu u slučaju *Holandija protiv Mustafića i Nuhanovića*, 6. septembar 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, u kojoj je Vrhovni sud

odlučili da se na pitanje odgovornosti Holandije za događaje u Srebrenici, u skladu sa kolizionim normama sadržanim u holandskom običajnom pravu i čl. 10:159 holandskog Građanskog zakonika, primenjuje holandsko pravo, odnosno čl. 6:162 holandskog Građanskog zakonika.[52]

Drugi pristup, koji zauzimaju engleski sudovi, jeste primena *lex loci delicti*. Engleski sudovi dolaze do tog rezultata primenom kolizionih normi za delikte sadržanih u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (različite odredbe) iz 1995. godine (*Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*), čiji odeljak 11 upućuje, u slučajevima koji se tiču povrede fizičkog ili psihičkog integriteta, na primenu prava države u kojoj se žrtva nalazila u trenutku kada je pretrpela povredu. Engleski sudovi su stali na stanovište da javnopravni kontekst u kojem se pitanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte postavlja nije dovoljan za primenu klauzule odstupanje iz odeljka 12 i time za primenu engleskog prava.[53]

Na prvi pogled se čini da je pristup engleskih sudova liberalan budući da omogućava primenu prava strane države na čijoj je teritoriji došlo do povrede pravno zaštićenog interesa na privatnopravnu odgovornost Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Takav pogled, međutim, ne uzima u obzir činjenicu da su engleski sudovi zauzeli stanovište, uz odstupanje od standardne prakse,[54] da će privatnopravna tužba protiv Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne ekstrateritorijalne akte biti odbačena zbog nedostatka dokaza ukoliko tužilac nije u stanju da dokaže sadržinu stranog prava.[55] Dokazivanje sadržine stranog prava u takvim slučajevima može biti teško budući da se država čije pravo treba dokazati često nalazi u konfliktnoj situaciji ili izlazi iz konfliktne situacije te stoga sadržina stranog prava po prirodi stvari može biti nejasna.

Holandije primenio pravo Bosne i Hercegovine, kao *lex loci delicti*, na privatnopravnu odgovornost Holandije za događaje u Srebrenici.

[52] *Majke Srebrenice protiv Holandije*, presuda Apelacionog suda u Hagu, 16. jul 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562, para. 4.166–4.172, potvrđeno u presudi Apelacionog suda u Hagu, 27. jun 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

[53] *Al Džeda protiv državnog sekretara za odbranu (br. 1)*, presuda Apelacionog suda Engleske, 29. mart 2006, [2006] EWCA Civ 327, para. 100–107, potvrđeno u presudi Doma lordova, 12. decembar 2007, [2007] UKHL 58, para. 40–43; *Belhadž protiv Stroua*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 20. decembar 2013, [2013] EWHC 4111 (QB), para. 119–144, potvrđeno u presudi Apelacionog suda Engleske, 30. oktobar 2014, [2014] EWCA Civ 1394, para. 134–160.

[54] Za standardnu praksu po kojoj se primenjuje englesko pravo ukoliko tužilac nije u stanju da dokaže sadržinu stranog merodavnog prava vid. Lawrence Collins (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London 2012[15], poglavlje 9.

[55] *Belhadž protiv Stroua*, presuda Apelacionog suda Engleske, 30. oktobar 2014, [2014] EWCA Civ 1394, para. 149–159.

Primera radi, Visoki sud pravde Engleske primetio je u slučaju *Al Džeda (Al-Jedda) protiv državnog sekretara za odbranu (br. 2)*[56] da postoji „priličan nivo konfuzije u iračkom pravnom sistemu, a verovatno i među zakonodavcima, u vezi sa promenama u proteklih nekoliko godina“.[57] U slučaju *Mohamed (Mohammed) protiv Ministarstva odbrane*[58] Visoki sud pravde Engleske primetio je da je „pravni sistem Avganistana bio skoro potpuno uništen kada su Avganistanom vladali Talibani i morao je biti ponovo izgrađen“.[59] Iz tih razloga, stanovište engleskih sudova da će privatnopravna tužba protiv Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne ekstrateritorijalne akte biti odbačena ukoliko tužilac nije u stanju da dokaže sadržinu stranog merodavnog prava zapravo može da stavi tužioca, kome po prirodi stvari može biti teško da dokaže sadržinu stranog prava, u nepovoljan položaj. Stoga je izraženo mišljenje da engleska pravila međunarodnog privatnog prava, to jest engleske kolizione norme u sadejstvu sa pravilima o utvrđivanju sadržine i primeni stranog prava, zapravo predstavljaju instrument sličan doktrinama državnog akta koji može da omogući engleskim sudovima da odbace tužbu, ne ulazeći u meritum spora.[60]

U međunarodnom javnom pravu postoje pravila o pripisivosti akata kojima se, između ostalog, utvrđuje da li su činjenja i nečinjenja vojnika jedne države koji učestvuju u međunarodnim sukobima, mirovnim misijama i borbi protiv terorizma pod okriljem neke međunarodne organizacije pripisivi državi koja je vojnike uputila ili međunarodnoj organizaciji.[61] To pitanje je veoma značajno jer međunarodne organizacije ne mogu biti tužene pred domaćim i međunarodnim sudovima.[62] Unutrašnje pravo svake države takođe ima pravila o pripisivosti akata. U slučajevima u kojima se postavlja pitanje pripisivosti akata vojnika i pripadnika bezbednosnih službi jedne države koji učestvuju u međunarodnim sukobima, mirovnim misijama i borbi protiv terorizma pod okriljem neke međunarodne organizacije, sukob zakona se ne javlja samo između zakona dve ili više država koje su povezane sa slučajem, već i između unutrašnjeg i međunarodnog prava.

56 Presuda Visokog suda pravde Engleske, 5. mart 2009, [2009] EWHC 397 (QB).

57 *Ibid*., para. 46.

58 Presuda Visokog suda pravde Engleske, 2. maj 2014, [2014] EWHC 1369 (QB).

59 *Ibid*., para. 64. Vid. takođe *ibid*., para. 69.

60 Matthew Nicholson, „The Political Unconscious of the English Foreign Act of State and Non-Justiciability Doctrine(s)“, *International and Comparative Law Quarterly* 4/2015, 743, 769–770 i 776.

61 *Behrami i Saramati protiv Francuske*, odluka Evropskog suda za ljudska prava, predstavke br. 71412/01 i 78166/01, 2. maj 2007, (2007) 45 EHRR SE10.

62 *Ibid*. *Majke Srebrenice protiv Holandije i UN*, presuda Vrhovnog suda Holandije, 13. april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, potvrđena od Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Fondacija Majke Srebrenice protiv Holandije*, predstavka br. 65542/12, 11. jun 2013, (2013) 57 EHRR SE10.

U uporednom pravu ne postoji saglasnost o rešavanju takvog „vertikalnog“ sukoba zakona. Sudovi Engleske i Holandije na pitanje pripisivosti akata njihovih vojnika koji učestvuju u međunarodnim sukobima i mirovnim misijama pod okriljem neke međunarodne organizacije direktno primenjuju pravila međunarodnog javnog prava.[63] S druge strane, u presudama nemačkih sudova kojima su u slučaju *Varvarin* odbijeni tužbeni zahtevi pošto akt bombardovanja mosta u Varvarinu nije mogao biti pripisan Nemačkoj[64] nema naznake da se na pitanje pripisivosti akata ima primeniti bilo koje drugo pravo osim nemačkog. Nažalost, nijedan od sudova koji se bavio pitanjem pripisivosti akata nije obrazložio zašto se pravilima iz jednog pravnog sistema (to jest iz međunarodnog javnog prava/unutrašnjeg prava) daje prednost u odnosu na pravila iz drugog pravnog sistema.

Pravila međunarodnog javnog prava nisu značajna samo za pitanje pripisivosti akata. Već je pomenuto da u engleskom pravu ustanova javnog poretka, koja obuhvata određena pravila međunarodnog javnog prava, ograničava doktrine državnog akta Krune i stranog državnog akta. Nemački i holandski sudovi su uzimali u obzir pravila međunarodnog javnog prava da bi utvrdili odgovornost države po pravilima sadržanim u para. 839(2) nemačkog Građanskog zakonika i čl. 34 Ustava,[65] odnosno čl. 6:162 holandskog Građanskog zakonika.[66]

5. UTICAJ KONTEKSTA NA PRIMENU MERODAVNOG MATERIJALNOG PRIVATNOG PRAVA

U ovom delu rada bavimo se pitanjem da li i u kojoj meri kontekst u kojem se postavlja pitanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte utiče na primenu materijalnog privatnog

[63] Za Englesku, vid. *Al Džeda protiv državnog sekretara za odbranu (br. 1)*, presuda Doma lordova, 12. decembar 2007, [2007] UKHL 58; *Mohamed protiv Ministarstva odbrane*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 2. maj 2014, [2014] EWHC 1369 (QB); *Kontić protiv Ministarstva odbrane*, presuda Visokog suda pravde Engleske, 4. avgust 2016, [2016] EWHC 2034 (QB). Za Holandiju, vid. *Holandija protiv Mustafića i Nuhanovića*, presuda Vrhovnog suda, 6. septembar 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; *Majke Srebrenice protiv Holandije*, presuda Apelacionog suda u Hagu, 27. jun 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

[64] OLG Köln, Az 7 U 8/04, 28. jul 2005; BGH, III ZR 190/05, 2. novembar 2006; BVerfG, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, 13. avgust 2013.

[65] U slučaju *Kunduz*, Savezni sud Nemačke je, nakon što je odlučio da se nemačka pravila o odgovornosti države ne mogu primeniti na suverene akte počinjene tokom međunarodnih ratnih dejstava, odbio tužbeni zahtev iz razloga što bombardovanje u Kunduzu nije bilo protivno pravilima međunarodnog humanitarnog prava: BGH, III ZR 140/15, 6. oktobar 2016.

[66] *Majke Srebrenice protiv Holandije*, presuda Apelacionog suda u Hagu, 27. jun 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

prava. Da bi se odgovorilo na to pitanje, biće analizirana dva materijalnopravna pitanja: prestanak privatnopravne odgovornosti i zastarelost. Oba pitanja su do sada razmatrana u ovom kontekstu samo u praksi sudova iz Ujedinjenog Kraljevstva, što nije iznenađujuće budući da su samo engleski sudovi pokazali spremnost da primenjuju strano pravo kao *lex loci delicti* u slučajevima koji se tiču privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte.

5.1. Prestanak privatnopravne odgovornosti

Već je pomenuto da država ne može biti tužena pred sudovima drugih država za *acta iure imperii*.[67] U dva engleska slučaja postavilo se pitanje da li je zbog imuniteta koji britanski vojnici uživaju u stranoj državi nemoguće pokretati privatnopravne tužbe pred engleskim sudovima protiv Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne akte koje britanski vojnici počine na teritoriji strane države u kojoj uživaju imunitet.

Slučaj *Kontić protiv Ministarstva odbrane*[68] ticao se akata britanskih vojnika počinjenih na Kosovu i Metohiji nakon 12. juna 1999. godine. Sud je odlučio da se na privatnopravnu odgovornost Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne akte koje su britanski vojnici počinili na KiM primenjuje pravo koje je na snazi na KiM.[69] Na KiM je na snazi UNMIK-ova Uredba br. 2000/47 o statusu, privilegijama i imunitetu KFOR-a i UNMIK-a i njihovog osoblja na Kosovu,[70] kojom je propisano da „KFOR, njegova imovina, fondovi i sredstva imaju imunitet u bilo kom pravnom postupku“.[71] Jedno od pitanja pred engleskim sudom bilo je da li imunitet koji KFOR uživa na KiM sprečava pokretanje postupka pred engleskim sudovima za protivpravne akte koje su britanski vojnici koji čine deo KFOR-a počinili na KiM. Sud je odlučio da je, shodno Rezoluciji Saveta bezbednosti br. 1244, UNMIK bio ovlašćen da menja, ukida i suspenduje postojeće zakone na KiM u meri neophodnoj za obavljanje svojih funkcija ili u slučaju da postojeći zakoni nisu bili spojivi sa mandatom, ciljevima i svrhom privremene civilne administracije. Prema mišljenju suda, iz toga „sledi da je imunitet uspostavljen UNMIK-ovom

67 Vid. fn. 1.

68 Presuda Visokog suda pravde Engleske, 4. avgust 2016, [2016] EWHC 2034 (QB).

69 Vid. UNMIK-ovu Uredbu br. 1999/1 od 25. jula 1999. o ovlašćenjima privremene uprave na Kosovu, *www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/04serbian/SC1999regs/RSC1999_01.pdf*, 22. februar 2019; UNMIK-ovu Uredbu br. 1999/24 od 12. decembra 1999. godine o zakonu koji se primenjuje na Kosovu, *www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/04serbian/SC1999regs/RSC1999_24.pdf*, 22. februar 2019.

70 Dostupno na *www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/04serbian/SC2000regs/RSC2000_47.pdf*, 22. februar 2019.

71 *Ibid*., čl. 2.1

Uredbom br. 2000/47 postao deo materijalnog prava na Kosovu".[72] Pravila o imunitetu KFOR-a na KiM stoga su efektivno dovela do prestanka privatnopravne odgovornosti Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne akte koje su britanski vojnici počinili na KiM.

Pitanje mogućnosti pokretanja privatnopravnih tužbi pred engleskim sudovima protiv Ujedinjenog Kraljevstva za protivpravne akte koje britanski vojnici počine na teritoriji strane države u kojoj uživaju imunitet javilo se i u kontekstu odlučivanja o privatnopravnoj odgovornosti Ujedinjenog Kraljevstva za događaje u Iraku. Apelacioni sud Engleske odlučio je u slučaju *Al Džeda protiv državnog sekretara za odbranu (br. 2)*[73] da pravila o imunitetu koji britanski vojnici (i vojnici ostalih država koje su učestvovale u okupaciji Iraka) uživaju u Iraku, a koja su bila drugačije formulisana od pravila o imunitetu KFOR-a na Kosovu,[74] nisu onemogućila pokretanje privatnopravnih tužbi pred engleskim sudovima protiv Ujedinjenog Kraljevstva.

Slučajevi *Kontić* i *Al Džeda* pokazuju da pravila o imunitetu, koja obično dejstvuju kao procesne smetnje za pokretanje postupka protiv strane države, mogu u određenim slučajevima biti tretirana kao pravila o prestanku odgovornosti materijalnog prava. Kvalifikacija pravila o imunitetu zavisi od formulacije pravila o imunitetu u pitanju.

5.2. Zastarelost

Zastarelost je jedan od glavnih problema sa kojim se suočavaju tužioci koji žele da pokrenu privatnopravne tužbe protiv strane države pred sudovima strane države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Obično dosta vremena protekne između povrede pravno zaštićenih interesa i pokretanja tužbe. Pravila o imunitetu sprečavaju tužioce da tuže stranu državu pred sudovima svoje države na čijoj su teritoriji protivpravni akti počinjeni ili proizvode dejstvo. Tužioci često ne znaju da mogu ili ne znaju kako da tuže stranu državu pred njenim sudovima, plaše se da tuže stranu državu koja im je nanela povredu pred njenim sudovima i nemaju sredstva za pokretanje i vođenje zahtevnih postupaka u inostranstvu. Stoga se postavlja pitanje da li te okolnosti, koje neminovno proizlaze iz konteksta u kojem se postavlja pitanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte, mogu da se uzmu u obzir prilikom primene pravila o zastarelosti. Tim pitanjem su se bavili sudovi u Ujedinjenom Kraljevstvu u dva slučaja.

---

[72] Presuda Visokog suda pravde Engleske, 4. avgust 2016, [2016] EWHC 2034 (QB), para. 230.

[73] Presuda Apelacionog suda Engleske, 8. jul 2010, [2010] EWCA Civ 758.

[74] Za formulaciju pravila o imunitetu koji britanski vojnici (i vojnici ostalih država koje su učestvovale u okupaciji Iraka) uživaju u Iraku vid. *ibid.*, para. 19.

U slučaju *Irački civili protiv Ministarstva odbrane*[75] rok zastarelosti prema merodavnom iračkom pravu bio je tri godine, a tužba je podneta više od tri godine nakon povrede pravno zaštićenih interesa tužilaca. Imunitet koji uživaju britanski vojnici u Iraku bio bi dovoljan razlog za primenu pravila o zastoju ili prekidu zastarevanja iz iračkog prava da se pitanje zastarelosti javilo pred iračkim sudovima. Pred Vrhovnim sudom Ujedinjenog Kraljevstva postavilo se pitanje da li je takav imunitet dovoljan razlog i za primenu pravila o zastoju ili prekidu zastarevanja iz merodavnog iračkog prava kada se pitanje zastarelosti javlja pred engleskim sudovima. Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva jednoglasno je odlučio da je imunitet koji britanski vojnici uživaju u Iraku procesne prirode. Kao takav, nije mogao da utiče na pokretanje i vođenje postupka pred engleskim sudovima i da bude razlog za primenu pravila o zastoju ili prekidu zastarevanja iz merodavnog iračkog prava kada se pitanje zastarelosti javlja pred engleskim sudovima.

Skorašnja presuda u slučaju *Alseran protiv Ministarstva odbrane*,[76] koji se takođe ticao događaja u Iraku, odstupa od stroge primene pravila o zastarelosti iz merodavnog materijalnog prava. U toj presudi Visoki sud pravde Engleske odlučio je da je rok zastarelosti počeo da teče tek nakon što su tužioci saznali za mogućnost da tuže britansku državu pred njenim sudovima. I pored takvog tumačenja odredaba o početku roka zastarelosti iz merodavnog iračkog prava, većina tužbi u slučaju *Alseran* podneta je tek nakon isteka roka zastarelosti. U tom slučaju tužbe protiv Ujedinjenog Kraljevstva bile su zasnovane na više osnova. Ujedinjeno Kraljevstvo je bilo tuženo po osnovima odgovornosti koji postoje u privatnom pravu i po osnovima odgovornosti koji postoje u engleskom javnom pravu, to jest prema pravilima Zakona o ljudskim pravima iz 1998. godine (*Human Rights Act 1998*) koji implementira Evropsku konvenciju o ljudskim pravima u pravo Ujedinjenog Kraljevstva i omogućava tužiocima da tuže britansku državu pred njenim sudovima za povrede ljudskih prava koje Konvencija garantuje. Nakon što je našao da su akti britanskih vojnika doveli do povrede ljudskih prava tužilaca, sud je odbio kao zastarele tužbene zahteve koji su bili zasnovani na osnovima odgovornosti koji postoje u privatnom pravu. Sud je tom prilikom napomenuo da bi se pozvao na ustanovu javnog poretka i odbio da primeni pravila o zastarelosti iz merodavnog iračkog prava da tužioci nisu uspeli po tužbenim zahtevima koji su bili zasnovani na osnovima odgovornosti koji postoje u engleskom javnom pravu. Posledica primene ustanove javnog poretka u takvom slučaju bilo bi usvajanje tužbenih zahteva koji su bili zasnovani na osnovima

[75] Presuda Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva, 12. maj 2016, [2016] UKSC 25.

[76] Presuda Visokog suda pravde Engleske, 14. decembar 2017, [2017] EWHC 3289 (QB).

odgovornosti koji postoje u privatnom pravu. Sud je napomenuo da bi bio voljan da primeni ustanovu javnog poretka u takvom slučaju zato što je našao da su akti britanskih vojnika doveli ne samo do ozbiljne povrede ljudskih prava tužilaca već i do ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava i da bi tužioci trebalo da dobiju naknadu štete.

6. ZAKLJUČAK

Privatno pravo ima ulogu u regulisanju ekstrateritorijalnih državnih akata počinjenih u okviru upotrebe sile u međunarodnim odnosima, bar u onim pravnim sistemima u kojima nisu razvijene stroge doktrine koje isključuju ulogu sudova u stvarima koje se tiču spoljnih poslova i poslova odbrane. Međunarodno javno pravo nema ništa da kaže o ulozi domaćih sudova u tom pogledu. Uloga domaćih sudova zavisi od pravila unutrašnjeg javnog prava svake države i volje sudske vlasti da kontroliše zakonitost izvršnih akata počinjenih u okviru vođenja spoljnih poslova i poslova odbrane. Međunarodnopravni i javnopravni kontekst u kojem se postavlja pitanje privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte utiče ne samo na određivanje merodavnog prava već i na primenu materijalnog privatnog prava. Međunarodno javno pravo niti određuje sadržinu kolizionih normi koje određuju pravo merodavno za privatnopravnu odgovornost države za protivpravne ekstrateritorijalne akte niti nalaže direktnu primenu pravila međunarodnog javnog prava na materijalnopravna pitanja koja se postavljaju. Sudovi priznaju javnopravni kontekst privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte time što ili primenjuju isključivo *lex fori* na taj vid odgovornosti ili primenjuju pravila međunarodnog privatnog prava na način koji promoviše interese države foruma. Sudovi takođe priznaju međunarodnopravni kontekst privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte, i to na tri načina: dobrovoljno direktno primenjujući pravila međunarodnog javnog prava na pojedina materijalnopravna pitanja koja se postavljaju, utvrđujući sadržinu i dejstvo pojedinih međunarodnoprivatnopravnih i materijalnopravnih pojmova u skladu sa pravilima međunarodnog javnog prava i pristupajući drugačije pojedinim materijalnopravnim pitanjima nego u ostalim slučajevima privatnopravne odgovornosti.

Jedinstvena priroda privatnopravne odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte pokazuje da podele prava na privatno i javno i unutrašnje i međunarodno, koje su među fundamentalnim podelama na kojima je savremeno pravo zasnovano, ne doprinosi mnogo objašnjenju tog fenomena koji se nalazi na raskršću kako različitih delova prava tako i prava i politike. Nasuprot tome, tužbe za privatnopravnu odgovornost države za protivpravne ekstrateritorijalne akte pokazuju dubo-

ke veze koje postoje između različitih oblasti prava, poput unutrašnjeg privatnog i javnog prava i međunarodnog privatnog i javnog prava, koje su tradicionalno koncipirane kao potpuno odvojene. Otkrivanje i razumevanje tih veza nam u krajnjoj liniji omogućava da prilagodimo metodologiju međunarodnog privatnog prava i materijalnog privatnog prava različitim kontekstima u kojima se te oblasti prava primenjuju i da bolje razumemo odgovornost države za protivpravne suverene akte koji su počinjeni ili proizvode dejstvo na teritoriji druge države.

Posmatrano sa praktičnog stanovišta, privatnopravne tužbe imaju potencijal da postanu važan mehanizam za uspostavljanje odgovornosti države za protivpravne ekstrateritorijalne akte. Takve tužbe su, međutim, do sada podnošene pred sudovima svega nekoliko država. U većini tih država sudovi su razvili doktrine koje ili potpuno isključuju ili značajno ograničavaju ulogu sudova u stvarima koje se tiču spoljnih poslova i poslova odbrane. Tamo gde su dozvoljene, takve tužbe stvaraju komplikovana i neretko nova pravna pitanja za koja često ne postoje jasna pravila ili postoje pravila koja su utvrdili sudovi nižeg stepena od kojih više sudske instance mogu lako da odstupe. Privatnopravne tužbe protiv države za protivpravne ekstrateritorijalne akte stoga uzrokuju izrazito komplikovane, duge, skupe i neizvesne sudske procese sa malim izgledom za uspeh.

LITERATURA (REFERENCES)

Collins, L. (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London 2012[15].

Fairgrieve, D., *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, Oxford University Press, Oxford 2003.

Hess, B., „The Private-Public Divide in International Dispute Resolution“, *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, Tome 388, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2017.

Jakšić, A., „Direktklagen von Kriegsopfern gegen Staaten mit genauerem Blick auf die NATO Operation ‘Allied Force’ in der BW Jugoslawien: 10 Jahre Später“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2009.

Karayanni, M., *Conflicts in a Conflict: A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories*, Oxford University Press, Oxford 2014.

McLachlan, C., „The Allocative Function of Foreign Relations Law“, *British Yearbook of International Law* 2012.

McLachlan, C., *Foreign Relations Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

Meron, T., *The Humanization of International Law*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2006.

Milanović, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford University Press, Oxford 2011.

Nicholson, M., „The Political Unconscious of the English Foreign Act of State and Non-Justiciability Doctrine(s)", *International and Comparative Law Quarterly* 4/2015.

Pfander, J. E., *Constitutional Torts and the War on Terror*, Oxford University Press, Oxford 2017.

Roach, K., „Substitute Justice: Challenges to American Counterterrorism Activities in Non-American Courts", *Mississippi Law Journal* 5/2013.

Stephens B. *et al.*, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2008^{2}.

Von Hein, J., „The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of Private International Law from a German Perspective", *Yearbook of Private International Law* 2001.

Uglješa Grušić, PhD

Associate Professor
University College London, Faculty of Laws

THE PRIVATE LAW ASPECTS OF STATE RESPONSIBILITY FOR UNLAWFUL EXTRATERRITORIAL ACTS

Summary

This article deals with the question whether, and to what extent, private law regulates extraterritorial state acts. This question arises primarily in the context of use of force in international relations. The issue is of theoretical importance because civil liability of the state for unlawful extraterritorial acts stands at the intersection of private and public law and internal and international law and, as such, questions the appropriateness of some of the fundamental classifications and categories on which the modern law is based. The issue is of practical importance because civil claims have the potential to become an important mechanism for holding to account states that commit unlawful extraterritorial acts. The practical importance of this issue has been reignited in Serbia with the re-emergence of the initiative to sue NATO states for the compensation of damages caused to civilians and the environment in Serbia by the use of depleted uranium.

Key words: *State responsibility. – Private law. – International relations. – Use of force. – Comparative law.*

Article history:
Received: 15. 7. 2018.
Accepted: 15. 3. 2019.

UDK 347.232(497.4)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901049L

As. dr. Karmen Lutman, LL.M.*

CHANGE OF POSITION AS A DEFENCE IN UNJUST(IFIED) ENRICHMENT: SLOVENIAN LAW IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE**

If one person is enriched at the expense of another and there is no legal ground for retaining this enrichment, the law imposes an obligation of restitution upon the unjustly enriched recipient, which is subject to various defences. One of them is the defence that the defendant is no longer enriched (change of position). The Slovenian Code of Obligations does not contain an express general defence of change of position. However, there is a special provision, which allows a bona fide recipient of compensation for personal injury to rely on disenrichment if it subsequently turns out that the compensation was without valid legal basis. The paper examines whether disenrichment is inherent to the law of unjustified enrichment as a way of measuring liability, and consequently should the change of position defence be generally recognised, even though there is no provision allowing it in the Code or settled case law on this matter.

Key words: *Unjustified enrichment. – Restitution. – Change of position. – Disenrichment.*

1. INTRODUCTION

The law of unjust(ified) enrichment creates liability in cases when one person is enriched at the expense of another and there is no legal

* Teaching and Research Assistant, Chair of Civil Law, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, *karmen.lutman@pf.uni-lj.si*.

** A preliminary version of this article was presented at the Inaugural Younger Scholars' Forum during the 2018 International Academy of Comparative Law's 20th International Congress in Fukuoka, Japan.

ground for retaining this enrichment. It is a separate source of obligation, distinguishable from contract and tort, and as such recognised in most modern legal systems. In general, for cause of action the claimant must prove that the defendant has been enriched at the claimant's expense and that this enrichment was unjust(ified). In defining enrichment as unjust(ified), two approaches have been adopted in comparative perspective.[1] In the first (civilian) approach, enrichment is unjustified if it lacks a valid legal basis, e.g. a contract or a statute (the "absence of basis" approach). For example, if a sum of money was paid in a mistaken belief that it was owed, it should be returned if no debt had existed or if it had already been paid off. As there was no legal ground for the payment, the enrichment is considered to be *unjustified*. In the second (common law) approach, the claimant must prove a positive reason to render the enrichment *unjust*, e.g. a mistake, duress or undue influence (the "unjust factors" approach). Such reasons are inherent to the law of unjust enrichment and were developed through case law.[2] According to this view, in the situation illustrated above, the enrichment is considered to be unjust due to the fact that money was paid by mistake,[3] which is one of the unjust factors. Since this paper deals predominantly with civil law, the term "unjustified" enrichment will be used hereinafter as it better reflects the "absence of basis" approach.[4]

The law of unjustified enrichment imposes an obligation of restitution upon the unjustly enriched recipient and is subject to various defences. Among them is the defence that the defendant is no longer enriched (the change of position or disenrichment defence). It aims to

[1] B. Häcker, *Consequences of Impaired Consent Transfers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, 25–31; D. Visser, "Unjustified Enrichment in Comparative Perspective", *The Oxford Handbook of Comparative Law* (M. Reimann, R. Zimmermann eds.), Oxford University Press, Oxford 2008, 971; A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, "Defences in Unjust Enrichment: Questions and Themes", *Defences in Unjust Enrichment* (A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2016, 6; D. Klimchuk, "What Kind of Defence is Change of Position?", *Defences in Unjust Enrichment* (A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2016, 74; R. Goff, G. H. Jones, *The Law of Unjust Enrichment*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2011, 8, paras. 1–11 and 1–12, 1–18 – 1–22.

[2] It has been emphasized in English case law that claims of unjust enrichment must refer to an established unjust factor or factual recovery situation, although the categories of unjust enrichment are not yet finalized. See: Uren v. First National Home Finance Ltd. [2005] EWHC 2529 (Ch.) at [16]–18] per Mann J.; Wasada Pty Limited v. State Rail Authority of New South Wales (No.2) [2003] NSWSC 987 at [16]; C.T.N. Cash and Carry Ltd v. Gallaher Ltd. [1994] 4 All E.R. 714 at 720 per Nicholls V.C.

[3] *See, e.g.* Barclays Bank Ltd v. W J Simms [1980] QB 677 (QBD) 695.

[4] R. Zimmermann, J. du Plessis, "Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment", *Restitution Law Review* 1994, 14–43; R. Zimmermann, "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 3, 1995, 403–429.

exclude the obligation to make restitution to the extent that the recipient has ceased to be enriched. Limiting the defendant's liability to the actual enrichment at the time of *litis pendentia* is considered among German scholars to be a characteristic "weakness" of unjustified enrichment claims.[5]

Historically, there was no general rule limiting the defendant's liability to the actual enrichment at the time of *litis pendentia*. In Roman law, the recipient, liable under *condictio*, was obliged to return the object received or to restore its value, notwithstanding the fact they might have ceased to be enriched.[6] There were, however, certain exceptions to this rule. If the defendant received an individual object (*species*) that was subsequently destroyed, they were, as a rule, released from their obligation as it had become objectively impossible to return it.[7] Two further instances of such weak liability were the liability of a pupil who concluded a contract without the consent of the tutor and the liability of spouses for the restitution of gifts they had given to each other. In both cases, the restitution was limited to the amount of the benefit that remained at the time of *litis contestatio*.[8] Furthermore, the value of the remaining enrichment was a regular measure of liability under *action de in rem verso*, which was limited to cases of third-party enrichments in Rome. However, its scope was subsequently broadened and in the 18th century it came to be used as a general enrichment action.[9] Medieval scholasticism and natural law doctrine favoured limiting the defendant's enrichment liability by taking into account subsequent disenrichment.[10] Yet it was the Pandectists of the 19th century who established disenrichment (Ger. "*Bereicherungswegfall*") as a general measure of enrichment liability.[11]

---

5 A. Flessner, *Wegfall der Bereicherung*, *Rechtsvergleichung und Kritik*, de Gruyter, Mohr, Tübingen 1970, 2; R. Zimmermann (1996), Clarendon Press, Oxford 1996, 897.

6 F. L. Schäfer, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (J. Rückert, *et al.* eds.), §§ 812–822, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, 2678, para. 172; R. Zimmermann, J. du Plessis, 38. See also: V. Cvetković-Đorđević, "Kondikciona odgovornost u Rimskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2014, 229–243.

7 R. Zimmermann (1996), 897; F. L. Schäfer, 2678, para. 172.

8 M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, Beck, Munich 2014, 289, 291, paras. 18, 28; W. Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, 3; R. Zimmermann (1996), 896.

9 R. Zimmermann (1996), 882.

10 F. L. Schäfer, 2678, paras. 173 and 174; J. P. Dawson, "Erasable Enrichment in German Law", *Boston University Law Review*, Vol. 61, No. 2, 1981, 273 and 274.

11 B. Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung, Geschichtliche Entwicklungen*, R. V. Decker & C. F. Müller, Heidelberg 1987, 37; J. Gordley, "Restitution without enrichment? Change of position and Wegfall der Bereicherung", *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (D. Johnston, R. Zimmermann eds.), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 227.

Following the pandectist doctrine, a special provision on loss of enrichment (Ger. *Wegfall der Bereicherung*) was introduced into the German Civil Code in 1900, which provides that restitution is not owed "to the extent that the recipient is no longer enriched."[12] A similar provision can be found in the Swiss Code of Obligations[13] and should in essence remain unchanged also after the proposed reform of the Code (OR 2020).[14] The change of position defence is also recognised in American law[15] and English law.[16] In English law, the defence was recognised in *Lipkin Gorman*[17] and since then case law has carved out its scope and key features. However, comparative analyses show that there is no consensus within the European legal systems on adopting a general principle of disenrichment.[18] Nonetheless, model rules of European private law, such as the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and Principles of European Law of Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.), recommend implementing disenrichment as a general defence in national legislations.[19]

The Slovenian Code of Obligations[20] does not contain an express general defence for change of position. However, there is a special provision that allows a *bona fide* recipient of compensation for personal injury to rely on disenrichment should it subsequently turns out that the compensation was without valid legal basis. Given the trends in European private law, the question inevitably arises whether disenrichment is inherent to the law of unjustified enrichment as a method of measuring liability and whether the change of position defence should therefore be generally recognised, even though there is no provision allowing for it in either the code or in settled case law related to this matter.

This paper deals with disenrichment as a way of measuring liability. By analysing its philosophy and examining select European legal systems, it seeks to determine whether a doctrine of disenrichment should be generally applied in Slovenian law, and if so, whether as a rule or rather as a defence. The Slovenian Code of Obligations is almost

12 § 818 (3) BGB.

13 § 64 OR.

14 See: § 65 (2) OR 2020.

15 Restatement of the Law Third, Restitution and Unjust Enrichment, § 65.

16 Restatement of the English Law of Unjust Enrichment, § 23.

17 Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. [1991] 2 AC 548.

18 See: A. Flessner, 37 sqq.; P. Schlechtriem, "Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa", *Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen 2000, 400, para. 566; R. Zimmermann (1995), 412.

19 § 6:101 PEL. Unj. Enr. and VII – 6:101 DCFR.

20 Obligacijski zakonik, *Official Gazette of Slovenia*, No. 83/2001, most recent amendment No. 20/2018.

entirely based on the former Yugoslav Act on Obligations[21] (1978). The situation is similar in Croatia and Macedonia, while the Yugoslav Act is still in force in Serbia and in Bosnia and Herzegovina. Therefore, this issue might be relevant not only for Slovenian law but also for the laws of some other countries in Southeast Europe.

2. PHILOSOPHY OF THE CHANGE OF POSITION DEFENCE AND ITS BASIC FEATURES

Today, it is widely accepted that Aristotle's corrective justice is the philosophical foundation of the law of unjust(ified) enrichment.[22] It aims to correct unjustified transfers of value between two parties by requiring the restoration of enrichment. Restitution as a response[23] to an act of unjustified enrichment is "a tool of corrective justice"[24] that strives to bring the parties back to their pre-transfer positions (*status quo ante*). Pomponius' statement should also be referred to when considering the philosophical foundations of unjustified enrichment, as it asserts that it is in accordance with the law of nature that no one should be enriched to the detriment of another [*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*].[25] Although it was originally not meant to serve as a rule of positive law, it has with some modifications become a general enrichment clause in several countries.[26]

Since the doctrine of corrective justice promotes equality between private individuals and emphasizes that the relationship between them should be based on fundamental respect for each other's rights,[27] one of the main principles of restitution for unjustified enrichment is that it should never make defendants worse off.[28] This aim is achieved by allowing

21 Zakon o obligacijskih razmerjih, *Official Gazette of Slovenia*, No. 29/1978 with amendments.

22 E. J. Weinrib, Correctively Unjust Enrichment, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment* (R. Chambers, C. Mitchell, J. Penner eds.), Oxford University Press, Oxford 2009, 31; R. Zimmermann (1995), 403.

23 P. Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford 2014, 11.

24 Kingstreet Investments Ltd, v, New Brunswick [2007] 1 SCR 3, para. 32.

25 D 12, 6, 14. Translation borrowed from: R. Zimmermann, J. du Plessis, 16.

26 This is for instance the case in German, Swiss, Greek, Hungarian, Polish, Dutch, English, Slovenian, Croatian, and Serbian law. See: C. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, Sellier, Munich 2010, 188–197.

27 E. J. Weinrib, 31; R. Zimmermann (1995), 403.

28 *See, e.g.* D. Klimchuk, 72.

On the other hand, after making restitution, the defendant should also neither profit at the expense of the claimant nor be in a better position than they would have been in had there been no unjustified transfer of value in the first place. In German law, both aspects

the defendant to rely on the change of position defence. The underlying philosophy of this defence is to prevent the defendant from incurring a loss as a result of being obliged to make restitution. In other words, relying on the disenrichment defence prevents *bona fide* defendants from "reaching into their own pockets" in order to make restitution, as it has been illustratively described by German scholars.[29] Similarly, common law considers change of position to be underpinned by the "no worse off" rationale, according to which defendants should not be unjustifiably left worse off than they were prior to their receipt.[30]

In line with this rationale, the defence applies to both reliance-based and non-reliance-based changes of position. In common law, this is considered to be a "wide view" of the change of position defence.[31] Reliance-based change of position refers to subsequent losses that occur due to the fact that the recipient believed they was entitled to the object received and used or disposed of it accordingly, in good faith. On the other hand, non-reliance-based change of position occurs independent of the recipient's reliance on their acquisition, such as when the object is destroyed or stolen. Thus, by using the change of position defence the defendant can shift the loss of enrichment to the claimant. It is therefore the claimant who bears the risk of subsequent changes to the received benefit. Since such a broad interpretation of the change of position defence is disproportionately in favour of the defendant and could threaten a proper balance between the interests of the parties, it should be interpreted restrictively, taking into consideration all the relevant circumstances of the individual case.[32]

The change of position defence furthermore aims to protect the recipients' reliance on the validity and the finality of their acquisition.[33] If they reasonably assumed that the received benefit would remain theirs and took various economic decisions in that belief, their interest

are included in the principle of the restoration of corresponding benefits and losses. This is known as the "principle of statics" (Ger. *Statikprinzip*). See: C. Wendehorst, *BeckOK BGB* (H. G. Bamberger et al. eds.), Verlag C.H. Beck, Munich 2017, § 818, para. 33.

29 *See e.g.* H. Goetzke, "Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?", *Archiv für die civilistische Praxis* 173 (1973), 292.

30 E. Bant, "Change of Position: Outstanding Issues", *Defences in Unjust Enrichment* (A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2016, 139.

31 J. Edelman, "Change of position: A defence of unjust enrichment", *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, 1014.

32 Which circumstances of the case should be taken into account when striking a fair balance between parties was discussed in detail by Flessner. See: A. Flessner, 108–141.

33 *See e.g.* P. Birks, 209; R. Zimmermann (1995), 413; C. Wendehorst, § 818, paras. 34 and 66.

in the security of the receipt deserves protection. As Birks explains, "The defence avoids the need to sterilize funds against the danger of unsuspected unjust enrichment claims."[34] It is in line with this rationale that it only offers protection to *bona fide* recipients, i.e. recipients who did not know and could not have known that they were not entitled to the received benefit. Exempt from protection are *mala fide* recipients and those who are subject to strict liability due to a filed restitution claim.[35]

Moreover, reliance on the definitiveness of the acquisition of assets may also enjoy the protection of property as enshrined in Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. According to the settled case law of the European Court of Human Rights, this right applies not only to a person's existing possessions but may also in certain circumstances protect a legitimate expectation of obtaining an asset.[36] The issue of limiting the right to restitution in order to protect the recipient's legitimate expectation of the definitiveness of received assets was discussed by the ECtHR in its recent decision in *Čakarević v. Croatia.*[37] This case concerns the applicant's complaint that she was ordered to return unemployment benefits that she had been receiving due the employment bureau mistakenly renewing her entitlement to benefits. By ordering her to repay unemployment benefits (about 2,600 euros in sixty instalments), the County Court in Rijeka referred to the general rule on unjustified enrichment enshrined in the Croatian Obligations Act.[38] The ECtHR noted that Ms. Čakarević had a legitimate expectation of being able to retain the funds received without her entitlement to unemployment benefits being called into question retroactively.[39] Namely, she had done nothing to mislead the employment bureau to renew her entitlement to unemployment benefits and was in good faith, whereas it took over three years for the authorities to react to their error. The Court observed that the applicant was unemployed, ill and in a poor financial

[34] P. Birks, 209.

[35] *See e.g.* § 818 (4) BGB.

[36] Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, No. 73049/01, para. 65, ECtHR, judgement from 11 January 2007; Béláné Nagy v. Hungary, No. 53080/13, para. 74, ECtHR, judgement from 13 December 2016.

[37] No. 48921/13, judgement from 26 April 2018.

[38] Section 210 Zakona o obveznim odnosima, *Official Gazette of Croatia*, Nos. 53/1991, 73/1991, 3/1994, 7/1996 and 112/1999, states that: "(1) When a part of the property of one person passes, by any means, into the property of another person, and such a transfer has no basis in a legal transaction or law, the acquirer shall return that property. If this is not possible, the acquirer shall provide compensation for the value of the benefit received. (2) The transfer of property also includes any benefit obtained by someone performing an action. (3) The obligation to return the property or provide compensation for its value shall arise even when something is received on account of a cause which did not exist or which subsequently ceased to exist."

[39] Para. 54 of the Judgement.

situation. She had spent the received money for covering her basic living expenses and had accumulated no savings. The Court noted that in such circumstances paying the debt, even in sixty instalments, would threaten her subsistence.[40] Taking into account all circumstances of the case and the fact that the State was fully responsible for the overpayments, while the whole burden of the State's error fell on the applicant, the Court held that ordering her to reimburse the full amount of the overpaid unemployment benefits violated her right to protection of property.

In my view, this decision could be interpreted as acknowledging an individual's right to the change of position defence, provided that they can demonstrate that their changed position is a consequence of their reliance upon the receipt of the benefit and that ordering them to make restitution would violate their conventional rights. However, it should be noted that the ECHR primarily applies to vertical relationships between the state and individuals, the case in question being no exception. In public law, the rules of unjustified enrichment are usually adapted to the particularities of such relationships,[41] since the state and individuals do not "interact with each other as free and equal agents without the law's subordinating either of them to the other," which is one of the key features of corrective justice.[42] However, change of position as a defence of private entities against public authorities has also been acknowledged by the CJEU in several cases.[43] Similar to the ECtHR in *Čakarević v. Croatia*, the CJEU considers the defence to be closely connected to arguments based on legal certainty and the rule of law, such as legitimate expectations. Moreover, in *Oelmühle Hamburg AG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* the CJEU held that "the plea of loss of enrichment" is, in principle, part of Community law.[44] As we can see, the change of position defence, as a primarily private legal defence, has been, together with its main features developed in private law,[45] transplanted into public law as a manifestation of the principles of legal certainty and the rule of law.

In private law, disenrichment as a way of measuring liability, regardless of whether it is a rule or a defence, has common features

40 Para. 89 of the Judgement.

41 *See e.g.* R. Williams, *Unjust Enrichment and Public Law: A Comparative Study of England, France and the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2010.

42 E. J. Weinrib, 31.

43 Cases 205–215/82 Deutsche Milch-Kontor GmbH v. Germany [1983] ECR 2633; case C-298/96 Oelmühle Hamburg AG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung [1998] I ECR 4767; case 316/86 Hauptzollamt Hamburg-Jonas v. Firma P Krücken [1988] ECR 2213.

44 Para. 31 of the Judgement.

45 In Oelmühle Hamburg AG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, the CJEU referred to the foreseeability of the risk and the need for good faith. For a detailed analysis, see: R. Williams, 265–267.

from a comparative perspective. In German and Swiss law, where loss of enrichment is explicitly enshrined in the civil codes, the following rules are regarded as generally accepted. Firstly, the received benefit should have been disposed of without consideration (Ger. "*ersatzloser Wegfall der Bereicherung*"), which is not the case if the recipient saved their own assets while using or disposing of the received benefit.[46] Thus, a defendant pleading loss of enrichment must not only prove the loss of the received object but also that no benefit in any other form remained in their assets.[47] A similar view has been taken in English law, where only detriments that reduce the defendant's overall wealth can be taken into consideration.[48] In German law, several presumptions were developed by case law in order to ease the defendant's burden of proof. It is, for instance, presumed that the enrichment has fallen away without consideration if the defendant had no assets whatsoever left at the time when the action was filed.[49] The same is presumed if the defendant with a lower or middle income received relatively small overpayments in wage, emolument or maintenance.[50] Secondly, the defendant may also plead that the received benefit is of no value to them.[51] By referring to the subjective value of the received benefit, a defendant will usually succeed in excluding the enrichment claim when the enrichment was imposed on them without their consent (Ger. "*aufgedrängte Bereicherung*") and cannot be returned in kind. Thirdly, by relying on disenrichment the defendant can set off the losses that they suffered due to their faith in the validity and definitiveness of their acquisition and which are sufficiently causally linked to the enriching event.[52] Fourthly, the disenrichment defence is only available to *bona fide* recipients and cannot be pleaded by *mala fide* recipients and those subject to strict liability.[53] For very similar reasons, the change of position defence

[46] M. Schwab, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (F. J. Säcker *et al.* eds.), Verlag C. H. Beck, Munich, 2017, § 818, para. 182.

[47] *Ibid.*, para. 183.

[48] R. Goff, G. H. Jones, 8, para. 27–07.

[49] C. Wendehorst, § 818, para. 52.

[50] *Ibid.*, para. 55.

[51] In such cases, the enrichment does not fall away subsequently since the benefit received is of no value for the recipient from the very beginning. Nonetheless, according to German doctrine, such cases can also be pleaded by referring to the disenrichment rule (§ 818 (3) BGB). *See e.g.* M. Schwab, § 818, para. 132.

[52] R. Zimmermann, J. du Plessis, 40; C. Wendehorst, § 818, para. 65.

[53] In German law, strict liability is foreseen in four cases: (i) when proceedings for restitution in unjustified enrichment are pending (§ 818 (4) BGB), (ii) if the recipient is in bad faith (§ 819 (1) BGB), (iii) if the recipient breached the law or acted *contra bonos mores* (§ 819 (2) BGB), (iv) if the recipient knew that the legal ground for the acquired benefit might subsequently fall away or might not come to existence. See: U. Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munich 2007, 159.

is also excluded in English law.[54] However, relying on disenrichment is, as a rule, excluded in cases of unwinding failed reciprocal contracts, due to the synallagmatic nature of the parties' performances, which is also supposed to find some recognition in the unwinding process.[55] A similar view has been taken in English law, where the rescinding party claiming restitution in unjust enrichment should be able to make counter-restitution to the other, otherwise their claim is barred.[56]

3. SLOVENIAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT IN A NUTSHELL

The law of unjustified enrichment in Slovenia is codified, as it is in many other civil law countries. Its provisions are enshrined in the Code of Obligations (Articles 190–198) and are based on the previous ones of the Yugoslav Act on Obligations. In contrast to the Austrian Civil Code (ABGB), which had been in force in Slovenian territory from 1815 until 1946, and as an informal source of law until 1978 (when the Yugoslav Act was adopted), the Yugoslav Act united all enrichment claims into a separate chapter on unjustified enrichment and subjected them to a general clause. Although some legal scholars opposed the idea of unifying the law of unjustified enrichment,[57] the legislator followed the solution proposed by Mihailo Konstantinović in his draft of the Yugoslav Act on Obligations,[58] which was most likely inspired by Swiss law.[59]

Provisions on unjustified enrichment as contained in the Slovenian Code of Obligations consist of a general clause, restitutionary rules and certain types of non-performance-based enrichments. The Code adopted the unitary approach, whereby all enrichment claims are based on a single general rule. It follows from the wording of the general clause that "If

[54] In English law, as in German law, the change of position must be in good faith. The defendant will not succeed with the change of position defence if they changed their position with knowledge of the claim for unjust enrichment or in belief that the enrichment would have to be returned to the claimant or that some performance would have to be rendered to the claimant in exchange. As is the case in German law, change of position should also not be made with the knowledge of the claim for unjust enrichment.

[55] For more about various doctrines on this issue (such as *Zweikondiktionenlehre*, *Saldotheorie* and the modified *Zweikondiktionenlehre*), *see e.g.* B. Häcker, 71–77.

[56] R. Goff, G. H. Jones, 8, paras. 31-01 – 31-21; B. Häcker, 112.

[57] *See e.g.* S. Lapajne, *Današnje kondikcije*, Juridična fakulteta, Ljubljana 1926; S. Lapajne, *Reparacije civilnega prava*, Juridična fakulteta, Ljubljana 1927.

[58] M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta, Belgrade 1969.

[59] Z. Povh, *Jugoslawien: Gesetz über Schuldverhältnisse (Obligationenverhältnisse)*, Jahrbuch für Ostrecht XXIX (1988), 292.

a person becomes enriched to the detriment of another without a legal basis, they shall be obliged to return the benefit received if possible, or to repay the value of the benefit achieved."[60] However, Slovenian theory follows the pluralistic approach[61] and differs among various enrichment claims, where the main distinction is drawn between performance-based and non-performance-based enrichment claims, a taxonomy established by Walter Wilburg and Ernst von Caemmerer.[62] In a comparative perspective, different views may be identified regarding the unity of the law of unjust(ified) enrichment. While some authors believe that unjustified enrichment cases all reflect a single principle that benefits received without a legal basis must be given up,[63] others argue that the unitary unjustified enrichment claims, especially those in the German and Swiss Civil Codes, are based on nineteenth century doctrinal assumptions which have long since been superseded.[64] According to observations made by Nils Jansen that "Civilian jurists have begun to realise that the different claims that developed under the umbrella of unjustified enrichment belong to different contexts, and that the codifications' order is no sufficient reason to integrate within a unified institute claims that are of fundamentally divergent legal nature", it could be said that a pluralistic approach is the first step towards recognising the differences between enrichment claims that should, in my opinion, be taken into consideration also when applying the rules of restitution.

The Code of Obligations contains a set of restitutionary rules that apply to both performance-based and non-performance-based enrichment claims. The measure of restitution can be summarized as follows: the impoverished party can claim restitution in kind, if this is possible, or otherwise the monetary value of the enrichment.[65] There is no provision on loss of enrichment (or the change of position defence, in common law terminology) apart from a special provision on disenrichment that applies

[60] Section 190 para. 1 of the Code of Obligations. Translated by the author.

[61] *See e.g.* R. Vrenčur, "Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti", *Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava 2010*, 81–100; Z. Strajnar, "Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopravnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki", *Pravosodni bilten 33/1 (2012)*, 11–32; M. Dolenc, "Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov)", *Pravni letopis 2011*, 19–32.

[62] W. Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, Graz, 1934; E. von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, *Festschrift für Ernst Rabel* (H. Döllte, M. Rheinstein, K. Zweigert eds.), Vol. 1, Mohr, Tübingen, 1954.

[63] For instance P. Birks.

[64] N. Jansen, "Farewell to Unjustified Enrichment?", *Edinburgh Law Review, Vol. 20, Issue* 2, 123–148.

[65] Section 190 para. 1 of the Code of Obligations.

to wrongfully paid compensation for personal damage.[66] The *mala fide* recipient is obliged to return the fruits and pay default interest from the day of the receipt, while this obligation is imposed on the *bona fide* recipient from the day the action for restitution in unjustified enrichment was filed.[67] Both recipients are entitled to reimbursement of the necessary and beneficial expenses they had with the received object, whereas the *mala fide* recipient gets the beneficial expenses reimbursed only to the amount of the increase in value upon return. The recipient is further obliged to pay compensation for the unauthorized use of another's assets.[68]

Due to the causal tradition system in Slovenian law, the unjustified model of restitution overlaps in certain situations with the owner/possessor model of restitution.[69] Since its rules differ to some extent from those of unjustified enrichment,[70] the relationship between these two models is not merely an academic issue but also a matter of practical relevance. There is no consensus among the scholars as to which model should prevail in the event of overlapping. Some authors argue that the rules of the owner/possessor model as a special and more recent law take precedence over those of unjustified enrichment.[71] I do not share this view, as the owner/possessor model is applicable only to proprietary remedies (e.g. *rei vindicatio*).[72] This approach was also adopted by the Slovenian Supreme Court.[73]

4. DISENRICHMENT AS A MEASURE OF LIABILITY IN SLOVENIAN LAW

A disconcerting feature of the law of unjustified enrichment in Slovenia is that it does not contain any provision on subsequent loss of enrichment. The situation was similar in the Yugoslav Act on Obligations. This has led to several debates among scholars as to whether the measure of liability is the value received or the value remaining. In the process

[66] Section 195 of the Code of Obligations.

[67] Section 193 of the Code of Obligations.

[68] Section 198 of the Code of Obligations.

[69] As enshrined in Articles 95 and 96 of the Law of Property Code (Stvarnopravni zakonik, *Official Gazette of Slovenia*, No. 87/2002, 91/2013).

[70] Especially regarding the restitution of fruits, the reimbursement of expenses and compensation for the unauthorised use of the received object. For the details *see e.g.* K. Lutman, "Vračanje izpolnitev zaradi prenehanja pogodbe", *Razsežnosti zasebnega prava* (Damjan Možina ed.), Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana 2017, 179.

[71] R. Vrenčur, 99.

[72] See also: K. Lutman, 179 sqq.

[73] Supreme Court of the Republic of Slovenia, case No. II Ips 1261/2008, dated 1 June 2009.

of adopting the Yugoslav Act, the prevailing opinion among members of the Federal Assembly commission, which was in charge of the law of obligations, was that the value received should be taken as the measure of enrichment liability.[74] According to this view, subsequent losses of the defendant should not be taken into consideration. However, there was no generally accepted measure of liability in Yugoslav case law. While in some cases the courts applied the value received, the value remaining could also be traced in some judgements.[75]

After the enforcement of the Yugoslav Act on Obligations, the Slovenian law of unjustified enrichment was strongly influenced by Stojan Cigoj, who was in favour of adopting the value remaining as the measure of enrichment liability. He interpreted the general clause which stated that if the restitution in kind is impossible, the recipient should repay *the value of the benefit achieved*, as a manifestation of the "enrichment principle", according to which the recipient is only liable for the existing enrichment at the time of the proceedings.[76] The Slovenian theory supports this view.[77] However, while the courts recognize the enrichment principle in general and apply it in certain types of cases,[78] there is no settled case law on its universal application in all types of enrichment claims. For instance, in relatively frequent cases of overpaid wages or pensions, in which the general rules of unjustified enrichment apply, the recipients never raise the disenrichment defence even though they would most likely meet all the required criteria for its recognition. Also, in general, the legal practice seems rather reluctant to use the doctrine of disenrichment. Therefore, the question inevitably arises whether disenrichment as a way of measuring liability should be generally recognised, taking into account its philosophical foundations and tendencies in other legal systems.

---

74 J. Danilović, "Neosnovano obogaćenje", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (S. Ristić ed.), Novinsko-izd. ustanova Službeni list SFRJ, Belgrade, 425, para. 221.

75 For details, see: J. Danilović, 425, para. 221.

76 S. Cigoj, *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2003, 253.

77 A. Polajnar Pavčnik, *Obligacijski zakonik s komentarjem* (M. Juhart, N. Plavšak eds.), Vol. 2, GV založba, Ljubljana 2003, 46; Z. Strajnar, 14; D. Možina, Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka, *Razsežnosti zasebnega prava* (Damjan Možina ed.), Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana 2017, 151 sqq.

78 Enrichment (remaining at the time of *litis contestatio*), as a way of measuring liability, is applied by the courts in cases of non-performance-based enrichment claims, more precisely in those where the claimant has built on the defendant's property or otherwise invested in their real estate. According to settled case law, the claimant can claim only the repayment of the enrichment at the time of *litis contestatio* (which is the increase in value of the property) and not the whole amount of the invested assets. *See e.g.* Supreme Court of the Republic of Slovenia, cases No. II Ips 97/2016, dated 11 August 2016, para. 17; II Ips 125/2011, dated 8. December 2011; II Ips 249/2009, dated 16 July 2009.

Additionally, if the "principle of enrichment" is to be generally recognised, it is unclear whether it should be applied as a rule or rather as a defence. In the first case, the remaining enrichment is treated as an aspect of the general enrichment enquiry, more precisely as an integral part of the "enrichment", as the first element of the action for unjustified enrichment.[79] In the second case, the received benefit is the initial measure of liability, whereas the subsequent loss of enrichment can only be taken into consideration if the disenrichment defence is raised. The difference concerns the allocation of the burden of proof.[80] Since the elements of the action should be proved by the claimant, the first system requires them to demonstrate the surviving enrichment in the defendant's hands.[81] However, it is not the case if disenrichment is the defence, as it requires the defendant to produce evidence of subsequent loss. In English and American law, change of position is considered a defence.;in German law, its legal nature has been controversial due to its historical interpretation,[82] but it is nowadays widely accepted that it is a defence (Ger. "*rechtsvernichtende Einwendung*").[83]

In my opinion, disenrichment as a way of measuring liability should be generally recognized in Slovenian law. It aims to strike a fair balance between the interests of both parties and prevents a *bona fide* recipient from incurring loss due to restitution. Protection of the security of the receipt is another valuable reason that supports the idea of the general recognition of the disenrichment rule in our legal system. As an aspect of legal certainty and the rule of law, it is promoted also by the CJEU and ECtHR. Taking into consideration its philosophical foundations, in my opinion, disenrichment as a way of measuring liability is inherent to the law of unjustified enrichment, as it prevents the unjust results that restitution might lead to. Therefore it could be argued that it justifies an expansive cause of action in cases of unjustified enrichment.[84] As regards

---

79 See: A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, 11; E. Bant, "Change of Position: Outstanding Issues", in: A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, *Defences in Unjust Enrichment*, 140.

80 *Ibid.*, 14.

81 *Ibid.*

82 According to Dannemann "in German law, disenrichment is so wide a defence that many have doubted whether it is a defence at all or rather a rule," where he refers to P. Schlechtriem, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6th edition, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 778–780. See: G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2012, 139.

83 *See e.g.* M. Schwab, § 818, paras. 130 and 131.

84 See: A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, 12.

In Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd., when the change of position defence was established in the modern English law of unjust enrichment, Lord Goff stated that "The recognition of change of position as a defence should be ... beneficial [because it] ... will

its application in practice, opting for a defence seems to be a better solution. The recipient is thereby in a better position to evaluate their remaining enrichment and to prove the losses they suffered. Therefore, the value received is the first measure of the enrichment liability that should be proved by the claimant, while the value remaining is to be taken into account only if the change of position defence is raised and proved by the defendant. The Slovenian theory has recently suggested applying the "enrichment principle" as a defence[85] and has been followed by a decision of the Higher Court in Ljubljana.[86]

However, it should be noted that despite the fact that the Slovenian Code of Obligations lacks a provision on general disenrichment defence, it does contain a rule according to which subsequent loss of enrichment in certain cases excludes the unjustified enrichment claim. More specifically, Article 195 of the Code states that "the debtor is not entitled to claim back compensation sums paid out for physical injury, damage to health or death without valid legal basis if they were paid to a *bona fide* recipient". In other words, if a *bona fide* creditor received compensation for personal damages without a valid legal basis (or if the legal basis subsequently lapsed) and spent the money received in good faith they can rely on disenrichment. Parliament's authentic interpretation of this article from 2004[87] added that this provision applies also to cases in which compensation was paid on the grounds of a final judgement (*res judicata*) that was subsequently reversed or set aside. Since the *condictio ob causam finitam* is also applicable to reversed or avoided judgements, this interpretation seems superfluous.

In practice situations often occur where a judgement debtor (often an insurance company) fulfils their obligation to pay compensation for damages under the final and enforceable judgement to a judgement creditor. Because either the debtor or the creditor (or both) disagrees with the final judicial decision, they file a final appeal on points of law to the Supreme Court. If the Supreme Court subsequently reduces the amount of compensation or sets the final judgement aside, the judgement debtor is entitled to claim restitution for the unjustified enrichment. Problems arise if the judgement creditor has already spent the money received. It could be argued that a special provision of the disenrichment defence, such as Article 195, denies the existence of a general disenrichment defence in Slovenian law, since the special article would otherwise be superfluous. However, this is not the case, as the provision was only recklessly

---

enable a more generous approach to be taken to the recognition of the right to restitution, in the knowledge that the defence is, in more appropriate cases, available."

85 D. Možina, 151 and 152.

86 Higher Court in Ljubljana, case No. II Cp 2088/2017, dated 13 December 2017.

87 *Official Gazette of Slovenia*, No. 32/04.

transplanted from former Soviet law, where the disenrichment defence was generally rejected.[88]

When applying this provision, the Slovenian Supreme Court adopted a very restrictive approach. For this reason, the judgement creditor can succeed with the disenrichment defence only in exceptional cases. According to the view of the Supreme Court, the recipient cannot rely on disenrichment if they knew or could have known that the final appeal on points of law was filed, as they should have been aware of the possibility that the final judgement could be reversed or set aside.[89] From that moment on, they bear the risk of potential disenrichment. In other words, if they spent the money received after they were informed about the filed final appeal on points of law, they cannot rely on disenrichment. To be more precise, they cannot rely on reliance-based change of position, however they are also not liable for non-reliance-based change of position (e.g. if the money received was stolen).[90] The interpretation of the Supreme Court was adopted *inter alia* because of the fact that the rules on execution procedure do not explicitly recognise the disenrichment defence in the procedure of counter-execution.[91] According to this, a debtor who claims back their payment in a counter-execution procedure would be in a better position than a debtor who files a restitutionary claim based on unjust enrichment rules, which recognise the disenrichment defence.

This view seems problematic because it interferes with the function of the finality of judgements. According to the maxim *res judicata pro veritate habetur*, the creditor does not have to expect that they will have to return the received payments. In German and English law, strict liability applies if the action for restitution in unjust(ified) enrichment has been filed, which is not the case if the proceedings for the final appeal are pending. It is my opinion that this should not be changed by the fact that the recipient is aware that the final appeal on points of law has been filed. This view is also supported by statistics, according to which, in 2017, 71% of the contested higher court judgements were confirmed by the Supreme Court.[92] Thus, it is rather unlikely that a final judgement

88 A. Galič, "Kdaj je mogoče prejeto obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR)", *Odvetnik*, *5/4 (2003)*, 7, fn. 8.

89 *See e.g.* Supreme Court of the Republic of Slovenia, cases Nos. II Ips 193/2010, dated 21 November 2013, II Ips 731/2007, dated 23 June 2010, and II Ips 532/2009, dated 8 April 2010.

90 Supreme Court of the Republic of Slovenia, case No. II Ips 193/2010, dated 21 November 2013.

91 A. Galič, 6–8.

92 The annual report of the Supreme Court for 2017 is available at: *http://www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2018051513241144*, last visited 16 November 2018.

would be reversed by the Supreme Court, and even less so if the appealed judgement is in line with the settled case law.[93]

If a judgement creditor is not allowed to dispose of the money received (as they otherwise risks disenrichment), the institution of the enforceability of final decisions is completely negated. Furthermore, it is not in line with one of the main functions of damages, which is to promptly compensate the loss suffered, so that the purpose for which theywere awarded may still be achieved. The interpretation of the Supreme Court is strongly in favour of the judgement debtor, whereas the burden of subsequent disenrichment is fully on the judgement creditor's side. Such an approach is particularly questionable, as the judgement debtor who filed the final appeal on points of law has other effective legal remedies to protect their position. Namely, they can, under certain conditions (if they prove that they would otherwise suffer irreplaceable damage in excess of the harm caused to the judgement creditor by the postponement of the enforcement), demand that the court postpone the enforcement of the final judgement.[94]

5. CONCLUSION

Change of position is a defence against an unjust(ified) enrichment claim stating that the recipient is no longer enriched. It was first introduced as a rule of loss of enrichment in the German and Swiss civil codes, under the influence of the Pandectists. Nowadays, it forms an integral part of the law of unjust(ified) enrichment in numerous legal systems and is as such promoted in the model rules of the DCFR and PEL Unj. Enr. It is underpinned by the "no worse off" rationale and aims to protect the security of the receipt; by doing so it reflects the principles of legal certainty and the rule of law. This has contributed to the recognition of the change of position defence in EU law. As a manifestation of the protection of property, the security of the receipt also enjoys the protection of the European Convention on Human Rights. According to the recent ECtHR case law, it seems that the Court is in favour of recognising the change of position as well.

The Slovenian Code of Obligations does not contain an express defence of change of position. However, there is a special provision which allows a *bona fide* recipient of compensation for personal injury to rely on disenrichment if it subsequently turns out that the compensation was without valid legal basis. It is therefore debatable whether the change

[93] See also: D. Možina, 165.

[94] Article 71 of the Claim Enforcement and Security Act (Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Official Gazette of Slovenia*, No. 3/07 with amendments).

of position defence should be universally recognized in Slovenian law, i.e. also outside the scope of wrongfully paid compensation. While theory supports this view, legal practice seems rather reluctant to apply it in all types of enrichment claims. Its philosophical foundations and the rationale underpinning it speak in favour of its recognition. However, when applying the change of position defence, the courts should find a proper balance between the interests of both parties, taking into account various factors, especially their good or bad faith, and the way in which the enriching event was brought about.

REFERENCES

Bamberger, H. G. *et al.*, BeckOK BGB, 45th edition, Verlag C.H. Beck, Munich, 2017.

Birks, P., *Unjust Enrichment,* 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Burrows, A., *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Chambers, R., Mitchell, C., Penner, J., *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Cigoj, S., *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2003.

Danilović, J., "Neosnovano obogaćenje", in: Ristić S. (ed.), *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Novinsko-izd. ustanova Službeni list SFRJ, Belgrade, 1978.

Dannemann, G., *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Dawson, J. P., *Erasable Enrichment in German Law*, Boston University Law Review, Vol. 61, No. 2, 1981, 271–314.

Dolenc, M., "Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov)", *Pravni letopis* (2011), 19–32.

Dyson, A., Goudkamp, J., Wilmot-Smith, F., *Defences in Unjust Enrichment*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2016.

Edelman, J., "Change of Position: A Defence of Unjust Enrichment", *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, 1009–1034.

Flessner, A., *Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik*, de Gruyter, Mohr, Tübingen, 1970.

Flume, W., in: Ernst W. (ed.), *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 103–176.

Galič, A., “Kdaj je mogoče prejeto obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR)”, *Odvetnik*, 5/4 (2003), 6–8.

Goetzke, H., “Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?”, *Archiv für die civilistische Praxis 173* (1973), 289–322.

Goff, R., Jones, G. H., *The Law of Unjust Enrichment*, 8th edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2011.

Gordley, J., “Restitution without Enrichment? Change of Position and Wegfall der Bereicherung”, in: Johnston D., Zimmermann R. (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 227–242.

Häcker, B., *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Jansen, N., “Farewell to Unjustified Enrichment?”, *Edinburgh Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 123–148.

Juhart, M., Plavšak, N. (eds.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, Vol. 2, GV založba, Ljubljana, 2003.

Kaser, M., Knütel, R., *Römisches Privatrecht*, Beck, Munich, 2014.

Konstantinović, M., “Obligacije I ugovori: skica za zakonik o obligacijama I ugovorima”, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta, Belgrade, 1969.

Kupisch, B., *Ungerechtfertigte Bereicherung: Geschichtliche Entwicklungen*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1987.

Lapajne, S., *Današnje kondikcije*, Juridična fakulteta, Ljubljana, 1926.

Lapajne, S., *Reparacije civilnega prava*, Slovenski Pravnik, Ljubljana, 1927.

Loewenheim, U., *Bereicherungsrecht*, 3rd edition, Beck, Munich, 2007.

Lutman, K., “Vračanje izpolnitev zaradi prenehanja pogodbe”, in: Možina D. (ed.), *Razsežnosti zasebnega prava: Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana, 2017, 169–187.

Možina, D., “Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka”, in: Možina D. (ed.), *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana, 2017, 143–167.

Povh, Z., “Jugoslawien: Gesetz über Schuldverhältnisse (Obligationenverhältnisse)”, *Jahrbuch für Ostrecht XXIX* (1988), 291–294.

Reimann, M., Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Rückert, J. *et al.*, "Historisch-kritischer Kommentar zum BGB", *Schuldrecht: Besonderer Teil*, Vol. 3, 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Säcker, F. J. *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (MüKoBGB), Vol. 6, 7th edition, Verlag C. H. Beck, Munich, 2017.

Schlechtriem, P., *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Vol. 1, 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 2001.

Smith, Lionel, *Restatement of the Law Third, Restitution and Unjust Enrichment*, American Law Institute Publishing, 2 Vols, St. Paul, Minnesota, 2011.

Strajnar, Z., "Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopravnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki", *Pravosodni bilten* 33/1 (2012), 11–32.

Von Bar, C., Swann, S. (eds.), *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, Sellier, Munich, 2010.

Von Caemmerer, E., "Bereicherung und unerlaubte Handlung", in: Döllte H., Rheinstein M., Zweigert K. (eds.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Vol. 1, Mohr, Tübingen, 1954, 333–401.

Vrenčur, R., "Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti", *Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava*, 2010, 81–100.

Wilburg, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, Graz, 1934.

Williams, R., *Unjust Enrichment and Public Law: A Comparative Study of England, France and the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010.

Zimmermann, R., "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 3, 1995, 403–429.

Zimmermann, R., du Plessis, J., "Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment", *Restitution Law Review* 1994, 14–43.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Article history:
Received: 6.1.2019.
Accepted: 7.2.2019.

UDK 336.225.53.055.4(497.11); 343.352:336.225.68

CERIF: S141

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901069K

Svetislav V. Kostić, PhD*

Danilo Vuković, PhD**

THE PERFECT SILENCE: AN EMPIRICAL STUDY ON HOW IGNORANCE AND LACK OF CRITICAL DEBATE EFFECT THE PROCESS OF ENACTING TAX LEGISLATION IN SERBIA***

In this paper the authors deal with the crucial question of the ability of the Serbian institutions and society to apply adequate scrutiny with respect to the enactment of tax legislation. After providing a description of the current Serbian law-making and public consultations framework, and analyzing the relevance of the transitional nature of the Serbian political environment on the approach to the business of legislating, the authors choose three case studies which lead to the conclusion that it is the lack of even basic knowledge regarding taxation, at the level of the members of parliament and the media, combined with the silence and inertness of Serbian professional circles to participate in public debates on tax policy, that is enabling many questionable norms to enter Serbian legislation without any notable opposition or deliberation. Finally, the authors propose certain measures that could improve the public consultations process.

Key words: *Fair and sustainable taxation. – Democracy. – Lawmaking. – Policy-making. – Tax policy. – Professional expertise. – Corruption.*

* Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, *skostic@ius.bg.ac.rs*.

** Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, *danilo.vukovic@ius.bg.ac.rs*.

*** Danilo Vuković's work on this article was part of the project of the University of Belgrade, Faculty of Law "Identity Transformation of Serbia".

1. INTRODUCTION

Fair and sustainable taxation is a political ideal whose origins can be traced as far back as the ancient verses of *The Mahabharata*:

"A king should milk his kingdom like a bee gathering honey from plants. He should act like the keeper of a cow who draws milk from her without boring her udders and without starving the calf. The king should (in the matter of taxes) act like the leech drawing blood mildly. He should conduct himself towards his subjects like a tigress in the matter of carrying her cubs, touching them with her teeth but never piercing them therewith. He should behave like a mouse which though possessed of sharp and pointed teeth still cuts the feet of sleeping animals in such a manner that they do not at all become conscious of it. A little by little should be taken from a growing subject and by this means should he be shorn. The demand should then be increased gradually till what is taken assumes a fair proportion. The king should enhance the burthens of his subjects gradually like a person gradually increasing the burthens of a young bullock(...) The king should never impose taxes unseasonably and on persons unable to bear them. He should impose them gradually and with conciliation, in proper season and according to due forms. These contrivances that I declare unto thee are legitimate means of king-craft."[1]

Such ideals cannot be achieved in contravention of the democratically expressed will of the people. They primarily require the application of the principles of fair taxation, which are fundamentally dependent on the acquiescence of the electorate.[2] Comparative legislation testifies that the principles of "no taxation without representation" and "people's sovereignty in tax matters" are widely accepted.[3] If this is true, the key question with that we face is what kind of consent is in place

[1] *The Mahabharata*, Book 12: Santi Parva, Part I: Rajadharmanusasana Parva, Section LXXXVIII, translation by K. M. Ganguli, *http://sacred-texts.com/hin/m12/m12a087.htm*, accessed 11 February 2019.

[2] Para. 23 of the Eighth Report of Session 2010–2011 issued by the Treasury Committee of the UK House of Commons, titled *The Principles of Tax Policy* states: "A tax system which is felt to be fundamentally unfair will quickly lose political support. However, judgements about the fairness of policy details are politically contested and a major way in which parties distinguish themselves from one another. This can obscure the fact there is a significant amount of consensus on fairness. The differences are often matters of degree and emphasis. For example, although there are arguments about the extent to which taxation should redistribute resources directly, there is general support for some redistribution." (*https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmtreasy/753/753.pdf,* accessed 11 February 2019).

[3] See A. P. Dourado, "General Report – In Search of Validity in Tax Law: The Boundaries Between Creation and Application in a Rule-of-Law State" in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A. P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 30–31.

in the case of tax laws? Is the purely formal consent of the electorate enough? Or should we aim for the ideals of participatory democracy? It is parliament that must enact tax legislation, thus giving it the constitutional seal of approval However, it is not uncommon that legislative proposals, tabled by the government, are not discussed in detail or subjected to much scrutiny by the members of parliament.[4] Hence, is the consent of the rather ignorant legislators, who sit in the parliaments and on whom the electorate relies on to enforce its sovereignty, enough?

One may further wonder whether we need active participation of the general public in lawmaking? In other words, if the legislative process, as well as in the process of drafting legislation, contains no mechanism for effective public debate and scrutiny, or if the application of such a mechanism is inadequate, the increasingly complex tax legislation becomes plagued by a democratic deficit and confined to a small circle of civil servants and high-ranking politicians. The increasing complexity of the contemporary social, economic and consequently tax system, commonly recognized nowadays, is making the tax laws opaque to the average taxpayer and they are unable to evaluate whether their tax liabilities are generated by a fair set of rules.[5] In such an environment the temptation of corruption, understood in the broadest sense as the misuse of public office for private gain,[6] may become too great to resist. This may also undermine the fundamentals of the whole democratic system of government, as Heymann poignantly stated: "If the choice to much of the population appears to be one between elected figures serving the interests of narrow but wealthy constituencies or authoritarian governments serving much broader interests, democracy is very much at risk."[7]

The issue of social and political complexity goes beyond the field of taxation and in some accounts it undermines democracy itself. However, our analysis will be limited to the complexity of tax issues, understood

---

4 See E. de Crouy-Chanel, A. Maitrot de la Motte, "France", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 99; K. Kimura, "Japan", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 139; H. Gribnau, "Netherlands", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 158; G. Erdos, "Depicting National Tax: Hungary", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges* (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 287.

5 See L. Zelenak, "Complex Tax Legislation in the TurboTax Era", 1 *Columbia Journal of Tax Law* (2010), 93.

6 See S. Rose-Ackerman, "Corruption and Democracy", 90 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (1996), 83. *Cf.* M. Patrick Yingling, "Conventional and Unconventional Corruption", 51 *Duq. L. Rev.* (2013), 264.

7 P. B. Heymann, "Democracy and Corruption", 20 *Fordham Int'l L.J.* (1996–1997), 328.

as the comprehensibility of tax legislation, which requires the ability to understand a) the subject matter with which the legislation is dealing (content) and b) the language used to draft the legislation (text).[8] This has been addressed by a wide spectrum of institutional mechanisms that enable public deliberation on tax issues, spanning from institutionalized public hearings and public and government commissions to general public discussion that includes various actors such as political parties, media, think tanks etc.[9] However, in all these cases the underlying assumption is that there are (1) institutional mechanisms and (2) a professional community capable of participating into the discussion or feeding it.[10] By building upon new institutionalism in sociology and economy, one emphasizes the importance of institutions in shaping social interests, social actions and particular policy outcomes.[11] On the other hand, professional expertise is an essential element in highly complex social and institutional environments and our analysis will point out various models of professional inclusion in the democratic and/or deliberative lawmaking process.

In order to shed additional light on the nexus between tax legislation and the democratic lawmaking process, our analysis will primarily be based on three Serbian case studies that share the following features: (1) the tax issues in question were rather simple and not as highly complex as literature typically assumes; (2) in each case, there was a single group of actors who benefited from the particular tax policy while the general public or the state budget were on the opposite end; (3) they were set in an environment characterized by the lack of deliberative institutions and limited professional resources, which hindered public oversight of the lawmaking process. While the authors will rely on these recent country-specific examples, they will attempt to derive from them principle issues that can be transmitted to other jurisdictions, particularly those plagued by the same deficiencies from which Serbia suffers. Our research will attempt to outline the primary deficiency points within the

---

8 See F. H. Pedersen, "Advancing the Study of Tax Complexity with the Usability Model", 12 *Hous. Bus. & Tax L.J.* (2011–2012), 303, citing B.C.Martindale et al., "Tax Law Complexity: The Impact of Style", 29:4 *J. Bus. Comm.* (1992), 383.

9 J.M. Mössner, "Tax Legislation in Germany – Procedures, Actors, Results, Critics", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 96–97.

10 e.g. regarding the involvement of academics in the German legislative process, Mössner states that "everybody quotes but nobody minds them." *Ibid.*, 96.

11 See E. Amenta, "State-Centered and Political Institutional Theory: Retrospect and Prospect" in *The Handbook of Political Sociology: States, Civil Societies, and Globalization* (eds. T. Janoski et al.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005; M. Brinton, V. Nee (eds.), *The New Institutionalism in Sociology*, Russell Sage Foundation, New York, 1998; P. Hall, R. Taylor, "Political Science and the Three New Institutionalisms", *Political Studies*, 44/1996, 936–957.

democratic legislative process, as well as to point out, using comparative legal method, solutions (or combinations thereof) that best remedy the determined deficiencies.

2. THE CONTEXT: LAWMAKING AND PUBLIC CONSULTATIONS

Serbia is a late-comer to the camp of Central and East European transitional countries. After a period of delayed or postponed post-socialist transformation (1990–2000), it has undergone a series of reforms that have resulted in a system that is often phrased as political or state-centered capitalism, characterized by (1) the dominance of the state over the society and the economy (with a significant share of GDP being produced by the public sector) and (2) political control over the media, independent regulatory bodies and the judiciary, which has resulted in their inability to process major corruption-based scandals.[12] Furthermore, the system suffers from a strong influence of the business elite on government decisions, which has often been designated as state capture by powerful economic and political elites.[13] Furthermore, both our first (the 2006 Family Affair) and third case study (the Mystery of the Tax Rate in 2012) are referred to in existing academic literature as examples of corruptive state-capture by powerful interests.[14]

Serbia has a semi-presidential system featuring a relatively weak parliament and a politically dominant executive government. Empirical studies have provided evidence of deficiencies in the lawmaking process at three key stages: weak internal capacities of the parliament with its role being reduced to a mere transmitter of decisions reached by the executive branch, externalization of the lawmaking process within the

[12] See S. Antonić, *Elite, građani i slaba država*, Službeni glasnik, Belgrade 2006, 31; M. Lazić, J. Pešić, *Making and unmaking state-centered capitalism in Serbia*. Čigoja, Belgrade 2012, 11.

[13] See S. Cvejić (ed.), *Informal Power Networks, Political Patronage and Clientelism in Serbia and Kosovo**, SeConS, Belgrade, 2016; L. Cohen, J. Lampe, *Embracing Democracy in the Western Balkans: From Postconflict Struggles toward European Integration*, Woodrow Wilson Center Press and The Johns Hopkins University Press, Washington, D.C. and Baltimore, 2011; M. Mendelski, "They Have Failed Again! Donor-Driven Promotion of the Rule of Law in Serbia", *Südosteuropa* 61/2013, 79–113. However, it should be noted that the described state capture in one of its variations is evident even in the most developed democracies in the world today, *see*: T.K. Kuhner, "The Corruption of Liberal and Social Democracies", 84 *Fordham L. Rev.* (2015–2016), 2453.

[14] See G. Ilić-Popov, D. Popović, "Poreska struktura i korupcija", *Anali Pravnog fakulteta*, 1/2014, 17–19.

executive branch, and weak public participation. [15] These three points will be discussed in details in the following paragraphs.

National Assembly of the Republic of Serbia (NARS) has minor influence on the actual content of legislation because it is dominated by strong political parties, while its role in lawmaking and policymaking is additionally constrained by its internal procedures, budgetary dependence, and a weak administrative and professional structure.[16] On the other hand, lawmaking activities are very intensive. This is a characteristic of all EU accession countries and Serbia is no exception in adopting a fast-track legislative procedure in order to meet the requirements of harmonization with the *acquis*.[17] As a consequence, legislation may be passed using a special "urgent" procedure, which shortens the debate process, sometimes to only a couple of days. Almost half of the laws enacted in Serbia in the 2001–2019 period (44%) have been passed using the urgent procedure which left members of parliament with *less than a day per law* for discussion and voting. During some periods (e.g. in 2014) this figure reached as much as 88% of all enacted laws. Research shows that members of the NARS testified that on some occasions they had only a few minutes to discuss a particular law. Often several legislative proposals were jointly discussed at the plenary session, thus leaving members of parliament even less space and time for deliberation. In conclusion, meaningful parliamentary deliberation and discussion remain virtually absent for one in two enacted laws in Serbia.[18] Sadly, most the recent trends in Serbian parliamentary practice[19] only contribute

[15] For a detailed account *cf.* D. Vuković "The Hollowing Out of Institutions: Law– and Policymaking in Contemporary Serbia" in *Central and Eastern European Socio–Political and Legal Transition Revisited* (eds. B. Fekete, F. Gárdos-Orosz), Peter Lang, 2018, 155–175.

[16] For a detailed discussion of Serbian legislative procedures *cf.*: M. Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Konrad Adenauer Foundation, Belgrade 2008; V. Pavlović, S. Orlović (eds.), *Dileme i izazovi parlamentarizma*, Faculty of Political Sciences and the Konrad Adenauer Foundation, Belgrade 2007; D. Milovanović et al., *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, Belgrade 2012 (available at *http://www.transparentnost.org.rs/images/publikacije/GIZ%20srpski%20zasticena%20verzija%20(1).pdf*).

[17] See A. Ágh, "Parliaments as Policy-Making Bodies in East Central Europe: The Case of Hungary", *International Political Science Review/Revue internationale de science politique*, 4/1997, 417–432; P. Kopecký. "Power to the Executive! The Changing Executive-legislative Relations in Eastern Europe", *The Journal of Legislative Studies,* 10/2004, 142–153; K. H. Goetz,R. Zubek, "Government, Parliament and Law-Making in Poland", *The Journal of Legislative Studies,* 4/2007, 517–538; V. Pettai, Ü. Madise, "The Baltic Parliaments: Legislative Performance from Independence to EU Accession", *The Journal of Legislative Studies,* 12/2006, 291–310.

[18] D. Vuković (2018), 165.

[19] Submission of irrelevant amendments by the members of the ruling parties, which are duly withdrawn prior to voting on the respective legislation, in order to deny opposition representatives time for debate.

to the increasing lack of any debate on legislative proposals tabled by the executive branch of government.

Similar to many jurisdictions, the executive branch of government dominates the lawmaking process.[20] Typically, individual ministries or government authorities are responsible for initiating the legislative process and setting up working groups that are responsible for drafting legislative proposals. These working groups are usually composed of civil servants and external members: representatives of the professional community and civic society (e.g. external experts, university professors, NGOs etc.). Research data suggests that one of the main arguments in the selection process of members of legislation working groups is utilitarian: i.e. to secure financing of the working group, social or political support, the majority in the group is for a particular issue, etc.[21] This opens up space for rather strong influence of external actors, as it remains unclear whose interests are being represented by the members of the working group.

One of the reasons behind this externalization of lawmaking and policymaking are the limited institutional and professional capacities of the government ministries. The capacities of the executive branch of government in Serbia (i.e. the civil service) have suffered a decline throughout the transition process that has lasted nearly two decades. It has been weakened by a brain drain and its inability to attract highly-skilled professionals.[22] These remarks are particularly true with respect to the Serbian Tax Administration (STA).[23] On the other hand, the internal

[20] *Cf.* J. Heinrich, I. Prinz, "Austria", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 57–58; B. Peters, E. van de Velde, "Belgium", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 66–67; J. G. Nielsen, "Denmark", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 89–90; E. de Crouy-Chanel, A. Maitrot de la Motte, *op. cit.*, 98; L. del Fedreico, R. Castigione, F. Miconi, "Italy", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 129–130; H. Gribnau, "Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands – Fundamental Legal Principles and Checks on Legislative Power: A Case Study", 9 Utrecht L. Rev. (2013), 56.

[21] See Vuković (2018), 160

[22] See J. Laušev, "Public Sector Pay Gap in Serbia during Large-Scale Privatisation, by Educational Qualification" *Economic Annals,* 47/2012, 7–24. Although salaries in the public sector have increased after 2000, the salaries of the highly qualified employees in the private sector are higher than in the public sector, while this is not the case with employees with lower qualifications. This diminishes the attractiveness of the public sector for the most qualified workforce.

[23] See S. Kostić, "Administrativni okvir kao ključna prepreka usklađivanju srpskog poreskog prava sa pravom Evropske unije" in *Usklađivanje poslovnog prava*

structure of the executive branch is not conducive to effective lawmaking and policymaking. It was, and still is, hierarchically structured and functions in a rather old-fashioned authoritarian way with top leaders initiating and designing policies. There were attempts to reform public administration, but a lot remains to be done: recruitment decisions are still based on political affiliation and are at the managers' discretion, while the socio-economic position of public servants deteriorated after the reductions in salaries that came as a result of more recent austerity measures.[24]

Lawmaking procedure also envisages public participation. Mechanisms that are intended to secure participative democracy in Serbia range from public consultations during the preparation of legislation to permanent (tripartite) consultation forums such the Socio-Economic Council. Government ministries are obliged to conduct public consultations in cases where the draft law significantly changes the legal regime in a particular field or regulates issues of particular interest for the general public.[25] However, these cases are not defined: it is unclear in which cases a legal regime is significantly changed or when the general public is particularly interested in a certain matter. The regulation provides no meaningful guidance as to how the consultations ought to be held and more particularly the way in which the government ministries should handle the inputs gained from such public consultations. In addition to being ineffective, many of these mechanisms were often perceived as politically abused.[26] The same applies to the mechanisms of public hearing, whereby government should be given the opportunity to present

Srbije sa pravom Evropske unije (2016), (ed. V. Radović) University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2016, 400–415.

24 *Cf.* J. Džinić, "Public administration reform in Serbia", *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave,* 11/2011, 1075–1105; S. Eriksen, "Institution Building in Central and Eastern Europe: Foreign influences and Domestic Responses", *Review of Central and East European Law,* 32/2007, 333–369; T. Verheijen, A. Rabrenovic, "Civil Service Development in Central and Eastern Europe and the CIS: A Perfect Storm?" in *Comparative Civil Service Systems in the 21st Century* (eds. F. M. van der Meer, J.C.N. Raadschelders, T.A.J. Toonen), Palgrave Macmillan, 2015, 25; *Basic Measurement Report: The Principles of Public Administration. Serbia*.OECD/SIGMA, Paris 2015, available at *www.sigmaweb.org*.

25 Art. 77 of the Law on Public Administration, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014.

26 See D. Milovanović et al. *op. cit.*; D. Vuković, *Kako nastaju zakoni u Srbiji: uloga društvenih interesa i institucija u zakonodavnom procesu*, SeConS and University of Belgrade Faculty of Philosophy Institute for Social Studies, Belgrade 2013; J. Jelinčić, S. Đurović (eds.), *Evropeizacija Srbije – Građansko društvo*, Fund for Open Society, Belgrade, 2011; J. Vukelić, "Neposredno učešće građana u donošenju odluka na lokalnom nivou vlasti u Srbiji", *Sociologija*, 3/2009, 291–312.

its policy solutions and collect various inputs.[27] As expected, this trend is easily reflected in the process of drafting and enacting tax legislation.[28]

3. THE EMPIRICAL FRAMEWORK – THREE CASE STUDIES

The case studies which were used as the empirical basis all share a simple pattern of vested interests, with a single group – or even a subgroup – of social actors being the primary beneficiaries of the newly introduced policies, with the general public or the state budget being on the opposite side of the equation. In each of these cases the authors conducted (1) a qualitative analysis of media coverage, targeting four largest Serbian daily newspapers and key electronic and internet-based media;[29] (2) a study of relevant legal and policy documents and scientific literature; (3) a detailed analysis of transcripts of parliamentary sessions where the draft laws relevant for our empirical framework were on the agenda; as well as (4) a series of six semi-structured interviews with key tax experts in the country.[30] The aim of this segment of our analysis was to determine the key features of the particular tax issue and to analyze public and political debates surrounding it.

3.1. A 2006 Family Affair

In late 2004 an inconspicuous provision was added to the Serbian Personal Income Tax Law (PITL) regarding the determination of the basis for the purpose of capital gains taxation:

---

27 *Cf.* S. Vukadinović, "Značaj i primena javnog slušanja na nacionalnom i lokalnom nivou", *Pravni zapisi*, 1/2015, 26–51; S. Vukadinović, "Javno razmatranje u funciji prevazilaženja demokratskog deficita, javna rasprava i razgraničenje od javnog slušanja", *Pravni zapisi,* 1/2016, 20–54. These mechanisms were introduced into Serbian parliamentary life in 2009. In the first several years they were used more frequently (e.g. 11 times in 2009, 16 in 2011, 29 in 2013) than today (6 times in 2016 and 1 in both 2017 and 2018).

28 See G. Ilić-Popov, S. Kostić, "Depicting National Tax Legislation: Serbia", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 377.

29 The analysis covered the four daily newspapers with the largest circulation (*Politika*, *Danas*, *Blic* and *Novosti*) and 16 internet portals chosen to represent a variety of opinions and political profiles. These included the Internet portals of major TV stations (e.g. RTS, B92), news agencies (Tanjug), and dailies and weeklies (Novi Magazin, Press, etc.).

30 Altogether 12 potential respondents were selected based on the following criteria: (1) they are tax experts teaching at public or private universities, (2) they have recently published on tax issues in relevant national or international publications and (3) they have no permanent professional affiliation with STA, MoF or other relevant public institution dealing with taxes or with the tax consultancies, a total of 6 interviews were held, with 1 rejection.

"If a right, share or security were acquired by a taxpayer through a gift or a contract on maintenance for life, as the acquisition value from Article 74, paragraph 1 of this Law shall be deemed the market value of the right, share or security which was used or could have been used as the basis for property transfer tax at the moment of their acquisition by the taxpayer." [31]

No comprehensive reasoning was provided by the Serbian Government (SG) why this rather unique solution was introduced[32] to replace the one, customarily found in comparative legislation,[33] which called for the carry-over of basis from the donor to the donee.[34] Since under Serbian law gifts between spouses and those made by parents to their children were and still are exempt from Gift Tax,[35] this transfer of property cannot lead to a taxable capital gain. Serbian taxpayers were quick to realize the tax planning opportunity emanating from the introduced rule and the introduction of the mentioned amendment to the PITL coincided with a disproportional increase in the number of requests to transfer ownership of securities by virtue of gift contracts.[36]

---

[31] Art. 42 of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law*, Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 135/04. (translated by author)

[32] The Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02 submitted by the Serbian Government to the Serbian Parliament in 2004, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=43283*, accessed 11 February 2019.

[33] See V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 266.

[34] Art. 75 of the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02 stipulated: "If a right, share or security were acquired by the taxpayer through a gift, as the acquisition value from Article 74, paragraph 1 of this Law shall be deemed the value at which the donor acquired the same right, share or security." (translated by author)

[35] Art. 20(1)(1) of the Property Taxes Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 26/01, 45/02, *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia,* No.42/02, *Official Gazette of the Republic of Serbia,* Nos. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13, 68/14.

[36] See S. Kostić, "Oporezivanje kapitalnih dobitaka fizičkih lica ostvarenih prodajom imovine stečene poklonom", *Pravni život*, 10(II)/ 2006, 914. The author cites the Opinion issued by the Serbian Securities Commission No. 5/0–18–860/05–05, dated 15 April 2005, in response to a request by the Serbian Central Securities Depository and Clearing House, which makes evident that the introduction of the mentioned amendment to the Serbian Personal Income Tax Law coincided with a disproportional increase in the number of requests to transfer ownership of securities by virtue of gift contracts. The tax planning was quite elementary, assuming that an individual initially bought shares for 100 while the value of these shares rose to 200. Instead of selling the shares and generating a taxable capital gain of 100, the individual could simply gift these shares to their spouse, where such a transfer would not be taxable at all. The donee spouse could literally on the next day sell the shares for the same amount and would benefit from being able to apply

In its opinion, issued on 18 July 2006, the Serbian Ministry of Finance (MoF) stated, without any statuary basis, that for the purposes of determining the capital gain on the sale of shares acquired by virtue of a gift made between spouses and those who are in the first order of inheritance in relation to the donor, the acquisition value of the shares should be considered as equal to zero.[37] Despite the fact that the MoF took such a radical position, the NARS enacted the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law[38] on the very next day, 19 July 2006, without altering the evidently problematic provision regarding the basis for capital gains taxation purposes of property acquired through gifts.

After a turbulent period during which the Serbian Supreme Court had to overturn the occasional application by the STA of the unsubstantiated interpretation found in the cited opinion of the MoF,[39] in 2009 the NARS reinstated the approach to the determination of basis for capital gains purposes of property acquired through gifts found in the PITL prior to the 2004 amendments.[40] The explanatory section of the legislative proposal submitted by the SG to the NARS states that the introduced amendment (transfer of basis from the donor to the donee instead of using as the acquisition value the market value of the property at the time of donation) represents a mere clarification of the rules.[41] Despite a highly combative political environment, Serbian parliamentarians showed no interest to this particular amendment and it was adopted without any substantial debate.

In this case we find a controversial tax measure in place from 2004 to 2009, that was beneficial to a limited circle of individuals. The MoF attempted to alter the workings of the measure by an opinion that was overturned by the Supreme Court's jurisprudence. In the end, the 2009 reinstatement of the approach found in the Personal Income Tax Law prior to the 2004 amendments were represented by the SG as a mere "clarification of the rules." During this period only a limited

---

for capital gains taxation purposes the acquisition value identical or very close to the selling price of the shares, thus avoiding capital gains taxation.

[37] Opinion of the Serbian Ministry of Finance, No. 414–00–118/2006–04 dated 18 July 2006.

[38] *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 62/2006.

[39] Serbian Supreme Court judgment No. U. 9152/07 dated 19 June 2008.

[40] Art. 11 of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 31/09.

[41] The Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 submitted by the Serbian Government to the Serbian Parliament in 2009, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=101854*, accessed 11 February 2019.

set of publicly available reactions appeared in academic papers.[42] The opposition parliamentarians were mute on the issue during the debate on the respective measures, both in 2004 and in 2009. Finally, the authors were not able to identify media coverage of the issues in major outlets and all in all the SG was able to suffer no political consequences.

3.2. The 2010 Overpaid Air Traffic Controller

On 9 April 2010 virtually all Serbian media reported that according to the STA the wealthiest personal income taxpayer in the country for 2009 was an air traffic controller from Belgrade.[43] Such a headline cannot be fully appreciated without being aware of three crucial factors.

The first one is tax-technical: Serbia has in essence a schedular personal income system, wherein every particular item of income is subjected to a specific tax form (e.g. employment income to Salary Tax, capital gains to Capital Gains Tax, etc.). However, following the archaic *Romanic* model, if an individual's annual income from (almost) all sources exceeds a certain statutory threshold, they are subjected to an additional layer of taxation in the form of the Annual Personal Income Tax (APIT).[44] Thus, the air traffic controller from the beginning of our story, at least in principle, reported the highest individual annual income in Serbia in 2009.

The second factor is socio-economic: from a highly egalitarian society, during the last several decades Serbia rapidly transformed into a country with the greatest income inequalities and risk-of-poverty rates when compared to EU countries.[45] The socio-economic position of the middle classes was significantly worsened, particularly it's income. In the post-2000 period it managed to partly recover, but in the period after

---

[42] e.g. S. Kostić, (2006), G. Ilić-Popov, D. Popović, "Oporezivanje kapitalnih dobitaka u srpskom poreskom pravu: tri razloga za zabrinutost poreskih pravnika", in *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije* (ed. S. Taboroši), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2008, 51–57.

[43] e.g. "Kontrolor leta najviše zaradio" (Air Traffic Controller is the Highest Earner) Radio Television of Serbia (RTS), 09 April 2010, available at *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/620481/Kontrolor+leta+najvi%C5%A1e+zaradio.htmm*, accessed 11 February 2019; "Porez na platu kontroloru leta – 36,8 miliona dinara" (Tax on the Air Traffic Controller's Salary – 36.8 million RSD), *Politika*, 08 April 2010, *http://www.politika.rs/scc/clanak/130530/Porez-na-platu-kontroloru-leta-36–8-miliona-dinara*, accessed 11 February 2019

[44] See D. Popović, *Poresko pravo*, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2018, 305.

[45] See J. Žarković Rakić, "Kako se Srbiji dogodila visoka nejednakost u raspodeli dohotka", MONS 1/2017, *http://mons.rs/kako-se-srbiji-dogodila-visoka-nejednakost-u-raspodeli-dohotka*, accessed 11 February 2019.

the 2008 economic crisis its financial position has been declining again.[46] On the other side, during the transition a small number of individuals became extremely wealthy, with a large share of the new economic elite emerging through the conversion of political into economic capital.[47] If one takes into account that this process took place in a historical setting which included several regional armed conflicts, international sanctions and domestic political unrest, it is hardly surprising that the general population had a rather negative view of the newly-created economic elite, which was awarded the term "tycoons" (similarly to the "oligarchs" in the Russian Federation). Finally, the identities of the individuals who were perceived to be the most affluent members of Serbian society were and are public knowledge. In other words, the names, and in most cases the principal businesses they are involved in, of their richest compatriots are household items for most citizens of Serbia.

Taking into account these factors, it becomes quite perplexing that the only public reaction to the mentioned headline came on the same day (9 April 2010) in the form of a statement by the Serbian Air Traffic Controllers Association in which they lament on the fact that the salaries of air traffic controllers are nowhere near the amounts which could be assumed from the information which was reported by the media.[48] In other words, the only discussion which arose from the mentioned headline was related to the question whether air traffic controllers in Serbia are overpaid, which seems to be of secondary relevance when facing all the potential tax issues arising from only a superficial analysis.

In this case the media unquestioningly published information presented to it by the STA, while the STA did not feel the need to explain the rather puzzling information that it was revealing. Strikingly, it appears that the STA was correct in its approach, as the published information did not lead to even a hint of debate, let alone a public outcry. The answer to this "puzzle" lies in the combination of widespread tax evasion and the tailoring of Serbian tax legislation in a way tht allows the wealthiest Serbian resident individuals to legally avoid paying the APIT. Namely, when the APIT was introduced, in 2001,[49] two notable types of income were excluded from the computation of total annual personal income

[46] For the first 2018 results on the socio-economic position of the middle classes, *cf.* D. Vuković and S. Cvejić, "Attitudes to the Rule of Law in Contemporary Serbia: A Coherent Legal Culture", *Jahrbuch für Ostrecht* 1/2019 (forthcoming).

[47] See M. Lazić, *Čekajući kapitalizam,* Službeni glasnik, Belgrade, 2011.

[48] "Reagovanje Udruženja kontrolora letenja Srbije" (Reaction of the Association of Air Traffic Controllers of Serbia), *Politika*, 09 April 2010, *http://www.politika.rs/sr/clanak/130643/Reagovanje-Udruzenja-kontrolora-letenja-Srbije*, accessed 11 February 2019.

[49] *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 24/01.

subject to this form of tax: interest and capital gains.[50] As of 2005, dividends have been given the same treatment as interest and capital gains for APIT purposes.[51] While it is absolutely true that one can provide arguments in defense of Serbia's policy choice to exclude interest, capital gains and dividends from the APIT, it is also beyond any doubt that sound critical arguments with respect to the same issue can be raised as well. In Serbia, within the political spectrum, we have heard neither.[52]

To sum up, this case deals with a legislative text that excludes from the APIT capital gains, interest and later on dividends. These legislative proposals were and still are publicly available. At least one of them, i.e. the one from 2004 which lead to the exclusion of dividends from the scope of APIT, was found to contain some, however lapidarian, easily debatable reasoning.[53] The APIT clearly does not reach the wealthiest individuals in the society. Again, absolutely no public or political debate on this controversial issue was found, not even one caused by intellectual irritation at reading the broadly announced headline that an air traffic controller generated the highest taxable income for 2009 in a country of over 7 million inhabitants, which include several known multimillionaires and a couple of suspected billionaires (in USD).

3.3. The Mystery of the Tax Rate in 2012

As the global financial crisis developed, one of the (rather late) responses of the SG was to attempt to increase state revenues by raising existing and introducing new taxes. In the autumn of 2012 the working

---

50 Art. 87(4) of the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 24/01.

51 Art. 46 of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 135/04.

52 Available Serbian academic sources which allows us to understand the policy choices applied when excluding the mentioned types of income from the APIT focus their attention on the particular case of dividends from the perspective of avoidance of their economic double taxation and adherence to the ability to pay principle. See: D. Popović, *Poresko pravo*, 250–251, 321– 322 and D. Popović, "Sistem javnih prihoda u Srbiji – bekstvo od tržišne orjentacije", *Bilten G 17*, March 2000, 5.

53 In the Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02 submitted to the Serbian Parliament in 2004 the Serbian Government argues that dividends should be excluded from APIT as they are already taxed twice, at the level of the company distributing the dividends and at the shareholder level. What the Serbian Government failed to address is at least the nature of the APIT (e.g. a third layer of tax or a corrective element), while it did not mention that a measure to mitigate the economic double taxation was already present at the level of the schedular Tax on Capital Income, under which for resident taxpayers 50% of the received dividends were exempt from taxation (Art. 63(3) of the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02, 135/04).

group of the MoF that prepared the draft amendments to the Corporate Income Tax Law (CITL)[54] presented its proposals to the public, which included the first Serbian special anti-avoidance rules (SAARs) targeting tax havens. The envisaged SAARs were quite simple and at their core called for a 47% withholding tax on royalties, interest, service and rental fees paid by resident taxpayers to entities from blacklisted tax haven jurisdictions. In the case of dividends and capital gains, the applicable tax rate was to be 32%. The MoF was to be given the authority to determine the list of tax haven jurisdictions to which the SAARs would apply. The working group of the MoF presented to the public the elements and reasoning behind the respective tax rates.

The proposed legislation underwent an approximately month-long public consultations process and received considerable attention from the Serbian media: 12 articles in print dailies and weeklies were identified, as were 16 articles in on-line media. These media reports were mainly based on news agency reports and conveyed press releases, while in-depth analytical pieces could only be found in the major and oldest daily newspaper *Politika*. In many cases the reporting showed a notable lack of understanding of basic tax concepts. Despite all that, the media reports emphasized the increase of the Corporate Income Tax rate from the then applicable 10% to the expected 15% (or 12% as some media reported), as well as the introduction of norms that would subject to higher tax rates transactions with *off-shore* destinations seen as the primary channel for capital flight from Serbia. The media also reported that this tax rate was to be 32% for dividends and 47% for royalties, interest, payments for the use of movable and immovable property, and service fees.[55]

After more than a month of public debate, during which there was no objection made regarding the level of the SAAR withholding tax rates, by the end October 2012 the MoF came out with the final proposal of the amendments to the CITL, in which, surprisingly, the SAAR withholding tax rate was lowered to 25%. The MoF final proposal, as well as the legislative proposal tabled by the SG before the NARS, contains no

---

[54] *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11.

[55] "Deficit manji za 95 milijardi dinara" (Deficit Decreased by 95 Billion RSD), *Politika* 25 October 2012, *http://www.politika.rs/scc/clanak/237728/Deficit-manji-za-95-milijardi-dinara*, accessed 11 February 2019; "Nacrt zakona o porezu na dobit" (Draft Law on Corporate Income Tax), B92, 25 October 2012, *http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=10&dd=25&nav_id=654805*, accessed 11 February 2019; "Povećanjem poreza na dobit firmi dodatnih do 20 milijardi" (Additional 20 Billion RSD Through Increase in Corporate Income Tax), Press Online, 4 October 2012, *http://www.pressonline.rs/info/biznis/245587/povecanjem-poreza-na-dobit-firmi-dodatnih-do-20-milijardi.html*, accessed 11February 2019.

explanation of how and why the 25% tax rate was chosen.[56] While most Serbian media reported on the publication of the final proposal of the amendments to the CITL, not a single one noticed the change in course regarding the level of the SAAR withholding tax rate.[57]

By the end of November 2012 the draft law reached the national parliament. It was part of a joint (unified) discussion with a list of laws related to economy, including most importantly the 2013 Budget Law. The discussion in the NARS lasted for five days, but only 6 members of parliament (MP) did at least mention the amendments to the CITL. However, not a single MP noticed, let alone questioned, the reasoning behind the lowering of the SAAR withholding tax rate in the final legislative proposal.

Hence, our third case study shows how the SG was able to prepare an initial draft legislative proposal with high SAAR withholding tax rates. The draft law received wide media coverage. Later during the process, the rates were lowered with no justification and again the Serbian media widely reported on the final legislative proposal, but never once mentioned the shift in policy that was evident when comparing it to the draft legislative proposal. Finally, the NARS adopted the respective measure without any arguments being raised during its plenary sessions addressing the change in the measure. This is even more surprising, bearing in mind that this was a topic that has been receiving notable attention in the Serbian political environment since at least the turn of the first decade of the 21st century.[58]

---

[56] The Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Corporate Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11 submitted by the Serbian Government to the Serbian Parliament in 2012, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=175502*, accessed 11 February 2019.

[57] "Novi zakoni iz oblasti finansija i privrede" (New Laws in the Domains of Finance and Economy), RTS, 25 October 2012, *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/Ekonomija/1198940/Novi+zakoni+iz+oblasti+finansija+i+privrede.html*, accessed 11 February 2019; "Uvodi se oporezivanje usluga po odbitku od 25 odsto" (Introduction of a 25% Withholding Tax for Services", RTV 25 October 2012, *http://www.naslovi.net/2012–10–25/rtv/uvodi-se-oporezivanje-usluga-po-odbitku-od-25-odsto/4003842*, accessed 11 February 2019; "Na usluge iz poreskih rajeva 25 odsto poreza" (25 Percent Tax on Service from Tax Havens), Mondo 25 October 2012, *http://mondo.rs/a265372/Info/Ekonomija/Na-usluge-iz-poreski-rajeva-25-odsto-poreza.html*, accessed 11 February 2019; "Nacrt zakona o porezu na dobit" (Draft Law on Profit Tax), *http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=10&dd=25&nav_id=654805*, accessed 11 February 2019.

[58] One of the first examples where the issue of tax havens was brought into the spotlight of the Serbian political spectrum was on 27 May 2010 when Serbian President Mr. Boris Tadić, in addressing the XIV Congress of the Confederation of Autonomous Trade Unions of Serbia, explicitly mentioned cross-border tax avoidance as a priority issue. *http://www.blic.rs/vesti/politika/tadic-patriotizam-je-otvaranje-novih-radnih-*

4. SIMPLICITY AND POLITICAL ACCOUNTABILITY

The lack of public reactions and political consequences in all three cases is no surprise bearing in mind the institutional and human capacities in the field. Unlike many other jurisdictions, Serbia has underdeveloped mechanisms for public scrutiny of policies adopted by the government. When it comes to tax issues, public and professional debates are confined to only a few forums such as the Serbian Fiscal Society or the Foundation for the Advancement of Economics.

Political institutions were not able to play the role in the facilitation of a meaningful policy dialogue or critical debate. First of all, the political and law– and policymaking relevance of parliament is not impressive. Although such a state of affairs could be perhaps attributed to the unenviable finances of the NARS, i.e. the research and advisory resources made available to the members of parliament, either by the institution itself or by their respective political affiliations, we see an identical problem being recognized in numerous, vastly more affluent jurisdictions than Serbia.[59]

The gap was not filled by the media either. The Serbian media scene is characterized by the lack of influential independent media and the strong influence of politics and economy on media reporting. The ownerships structure is non-transparent and media often get involved in political campaigning.[60] What we have witnessed in all three analyzed

---

mesta/8w9jlwq, accessed 11 February 2019. Ilić-Popov and Popović deem this particular case as being between pure lobbying and corruptive state capture. See. G. Ilić-Popov, D. Popović, "Poreska struktura i korupcija", *Anali Pravnog fakulteta* 1/2014, 19.

59 e.g. in Denmark Nielsen notices that "...the complexity and level of detail of tax law bills particularly in recent years do raise the question whether the members of parliament are in reality able to comprehend the many complex questions involved in new tax legislation." J.G. Nielsen, *op. cit.*, 90. In France "discussions either in the Committee or in the House are often quite disappointing with few in-depth commentaries and some broad (too broad) positions" E. de Coury-Chanel, A. Maitrot de la Motte, *op. cit.* 99, while in Japan "few members of the Financial Committee of the parliament themselves have the required expertise to draft complex tax bills..." K. Kimura, *op. cit.*, 139. Even in the case of a country such as the Netherlands, which can boast a globally recognized highly-developed tax culture, Gribnau recognizes that "members of parliament generally lack (technical) know how, experience and time to be able to draft bills, tax bills included. Members of parliament have hardly any staff members with experience in the field of tax law who can deal with its intricate complexities." H. Gribnau, *op. cit.*, 158.

60 Anticorruption Council, *Izveštaj o pritiscima i kontroli medija u Srbiji* ([Report on Pressures and Control of Media in Serbia), Anticorruption Council of the Government of the Republic of Serbia, Belgrade, 2011, *http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/izvestaji/cid1028–1681/predstavljen-izvestaj-o-pritiscima-i-kontroli-medija-u-srbiji*, accessed 11 February 2019; D. Vuković, "The Role of Civil Society in Fostering Government Accountability in Contemporary Serbia: On the Limits of Depoliticized Social Activism", *Sociologija,* 4/2015, 637–661.

cases is that not only were the mainstream media immune from even a premise of investigative or opinionated journalism, but this was also the case with even the extremes in the Serbian fourth estate, which do not shy from completely unacceptable practices and from whose smearing campaigns no one is fully protected, being completely salient.

Finally, we turn our attention to the last subject that might be able to raise simple as well as complex tax policy issues in public – the professional community. The Serbian academic and professional community was as a rule mute on the issues, particularly at the time the measures described in our case studies were in the process of enactment, and the authors had difficulty finding presentations of its opinions. In other fields, from social policy to development of civil society, cooptation of the professional middle classes was identified,[61] meaning inclusion of professionals (academics, researchers, independent professionals, etc.) into various governance structures and/or redistributive arrangements. In essence, it comes down to a simple but historically grounded pattern of close links and overlapping between political elites and professional middle classes. From the early days of the Kingdom of Serbia, in the 19th century, prominent writers, scientist, university professors, lawyers and medical doctors played an active role in political life. They were engaged as civil servants, ambassadors, members of parliament and government minister thus creating a particularly influential social stratum.[62] This trend has continued in present day Serbia, but it also includes membership in advisory bodies, management boards, commissions, working groups and various other paid and unpaid positions, which are usually within the privy of the government to bestow.[63] While it is beyond dispute that the involvement of the *intelligentsia* in public service has made a profound contribution to the modernization of Serbia since its inception as a modern state, in the 19th century, established domestic and international research confirm that the cooptation of the professional stratum in state

61 See D. Vuković, "Capturing Resources: The Role of Professional Communities and Middle Classes in Fostering Social Reforms within Serbia", *Sociologija*, 2/2016, 253–279.

62 See D. Stojanović, *Kaldrma i asfalt: urbanizacija i evropeizacija Beograda 1890–1914*, Udruženje za društvenu istoriju, Belgrade 2008, 180–193.

63 There is actually more than only a handful of positions and they range from highly visible ones (High Judicial Council, Fiscal Council, Regulatory Authority for Electronic Media, Serbian Broadcasting Corporation etc.), memberships in management bodies of hundreds of public enterprises (one conservative estimation is that they annually cost EUR 32 million) *cf.* "Upravni odbori državu koštaju tri milijarde dinara" ("Management Boards Cost RSD 3 Billion Annually"), *Politika*, 16 August 2014, *http://www.politika.rs/sr/clanak/187844/Управни-одбори-државу-коштају-три-милијарде-динара*, accessed 11 February 2019), to hundreds and even thousands of commissions about which we have no systematized data or knowledge, apart from unsystematized data provided by the Anticorruption Agency's Registry of Public Officials.

and administrative structures has adversely impacted their ability, or more precisely willingness, to openly criticize government actions.[64]

In these circumstances, three rather simple tax cases received no relevant political, media or public professional attention, ensuring that they are tabled by the SG and ultimately adopted into law. Their unopposed safe passage was made possible by the ignorance of most of the political decision makers and media representatives, together with a placid attitude of the academic and professional circles. Namely, while the authors have found examples of academic research by a number of authors who criticize the norms described in our three case studies, what is notably lacking is timely and vocal opposition from professional and academic circles during the process of enactment of the respective legislation. Our contention is that the fundamental lack of knowledge and understanding of tax issues by most members of the Serbian political class as well as the Serbian media, combined with unwillingness of the professional community to become more engaged in critical public discourse, has actually lowered the cost of corruption, i.e. limited the number of targets whose opinion and actions have to be *guided* in order to achieve a certain result.

5. INSTITUTIONAL SOLUTIONS

The authors strongly believe in an institutional setting that produces particular outcomes in terms of both policy solutions and individual and group behavior. Having this in mind, they drafted a proposal on the fundamentals of how to address the issues that have been identified so far.

[64] The cooptation of the professional stratum and the impact of government patronage on the willingness to openly criticize its actions is not something found only in Serbia, but has been recognized globally. In Poland A. Kaminski stated that: “one way of obliterating the distinction between public and private consists in the creation of autonomous institutions, ‘foundations’ or ‘agencies’ of unclear status, with broad prerogatives supported by administrative sanctions, and limited public accountability. The real aim of these institutions is to transfer public means to private individuals or organizations or to create funds within the public sector which can then be intercepted by the initiating parties.” A. Kaminski, “Corruption under the Post-Communist Transformation: The Case of Poland”, *Polish Sociological Review,* 2/1997, 100. Moreover, in some countries it has become a part of popular culture, e.g. in the UK one of the more common ways of bestowing government patronage is by virtue of appointment to paid positions in various semipublic administrative bodies outside the civil service that receive financial support from the government. The popular term for such administrative bodies is *Quango* (an acronym for quasi autonomous nongovernment organization) while media articles which deal with government patronage as a rule include in their title the cynical note “It takes two to Quango!” – the title of one of the episodes of the acclaimed political satire *Yes Minister,* by J. Lynn and A. Jay, ridiculing government patronage and obtaining silence from the professional and academic classes.

The approach, which relies on the work previously done in jurisdictions with a parliamentary tradition far senior to Serbia's,[65] would be to adjust the public consultations process in a way that will induce the audience, primarily members of parliament, as well as the media, to mind what they hear.[66] This could best be accomplished by introducing an adversary element in the consultations process. The idea that institutionalized conflict is a useful tool to combat political corruption is quite old and lies at the core of the principle of division of power in modern societies i.e. in the checks and balances which govern our political systems.[67] Competitive political systems help prevent corruption by raising the cost of corruption.[68] Although, while altering the foundations of the political system (e.g. giving more power to the legislature through a shift from a system of proportional representation to a majoritarian one) requires not only amendments to legislation, but also reaching a wide political consensus,[69] changes in the public consultations procedure can be carried out quicker and entail only minute costs compared to the potential benefits.

As an example of possible novelties in the public consultations process, the explanatory memorandums that accompany proposed legislation should be subjected to analysis and written commentary by a body of experts formed by the respective parliamentary committee dealing with tax matters (i.e. a "rebuttal of the explanatory memorandum"), prior to such proposals being submitted to the NARS. Such a body of experts should be formed by the parliamentary committee, by consensus, but if no such consensus can be achieved, the opposition representatives should be entitled to form such a body. Furthermore, all members of such parliamentary committees should be entitled to independently form bodies of experts to whom they would entrust the detailed analysis of proposed legislation. Explanatory memorandums and consequential comments by the mentioned bodies of experts should not be purely descriptive in nature. Rather their authors would have to be legally obliged to elaborate on the policy that the legislation wishes to accomplish and the procedures necessary for it's successful implementation. The parliamentary budget

---

65 See J. Freedman, "Managing tax complexity: the institutional framework for tax policy-making and oversight", Working Paper 15/08, Oxford University Center for Business Taxation, May 2015, 6–9 (available at *http://eureka.sbs.ox.ac.uk/5432/1/WP1508.pdf*).

66 For more on the significance of regulatory transparency see R. Stone, "Legal Design for the 'Good Man'", 102 *Va. L. Rev.* (2016), 1820–1821.

67 See Z. Teachout, "The Anti-Corruption Principle", 94 *Cornell L. Rev.* (2008–2009), 369–372.

68 See S. Rose-Ackerman, *op. cit.*, 86.

69 As such a change would have fundamental impact on the position of political parties and the actual independence of parliamentary representatives.

should be increased to reflect the costs of such expert bodies, while all of this material should be made publicly available and easily accessible.

On the other hand, it should be mandatory to hold parliamentary hearings of those advocating the government's proposal (i.e. representatives of the MoF in most cases of proposed tax legislation) and of independent expert members of the bodies set up by the relevant parliamentary committee criticizing it. Such hearings should be public and supported by broad media coverage. It is essential that such hearings enable the opposing sides to openly question the other's position and for corresponding replies to be made. Thus, the members of parliament and the media would not need to deduce for themselves the potential issues related to government's proposals, but would benefit from established and presumably founded and constructive criticism.

The obligation to hold public hearings should be made unconditional[70] and the duration of the process should be sufficiently extended.[71] Furthermore, public consultations, outside the privy of the parliament, must be as open as possible and they should also be made mandatory in the case of any tax legislation amendment. The government should be obliged to report to the parliamentary committee all suggestions, criticism or praise received in the public consultations process and provide additional explanation how and why suggestions and criticism were addressed. The parliamentary committee should have the power to fine government officials and ministers if they are found to be in contempt, by virtue of the lack of quality of their responses. Needless to say, such committees must not have a government majority while the rules on the public consultations procedure should be exclusively regulated by the highest statutes (i.e. laws), thus preventing the executive branch of the government to change them with ease. However, our analysis of the state of the Serbian tax community shows that we must side with J. Freedman's opinion that little should left of informal platforms which may be susceptible to vested interests – expertise and debate must be, in the case of Serbia, returned to the NARS and the elected representatives of the people. Thus, an institutional solution within the ambit of the NARS is a necessity.[72]

Finally, we must question the appropriateness of the urgent legislative procedure in tax matters and advocate for minimum debate time to be guaranteed in order to make full use of the public consultations and parliamentary hearings process.

---

[70] Even in the USA when the duty to provide supportive explanatory documentation is subject to an interpretative rule the relevant authorities find it quite easy to avoid such an obligation. See L. Zelenak, *op. cit.*, 117–118.

[71] See e.g. Art. 41(7) of the Rules of Procedure of the Serbian Government states that the public consultations process should last for at least 20 days which is clearly insufficient in most cases.

[72] See J. Freedman, *op. cit.*, 9.

REFERENCES

Ágh, A., “Parliaments as Policy-Making Bodies in ast Central Europe: The Case of Hungary”, *International Political Science Review/ Revue internationale de science politique*, 4/1997.

Amenta, E., “State-Centered and Political Institutional Theory: Retrospect and Prospect” in *The Handbook of Political Sociology: States, Civil Societies, and Globalization* (eds. T. Janoski et al.), Cambridge University Press, Cambridge 2005.

Antonić, S., *Elite, građani i slaba država*, Službeni glasnik, Belgrade 2006.

Basic Measurement Report: The Principles of Public Administration. Serbia. OECD/SIGMA, Paris 2015.

Brinton, M., Nee, V. (eds.), *The New Institutionalism in Sociology*, Russell Sage Foundation, New York 1998.

Cohen, L., Lampe, J., *Embracing Democracy in the Western Balkans: From Postconflict Struggles toward European Integration*, Woodrow Wilson Center Press and The Johns Hopkins University Press, Washington, D.C. and Baltimore 2011.

Cvejić, S., (ed.), *Informal Power Networks, Political Patronage and Clientelism in Serbia and Kosovo*,* SeConS, Belgrade 2016.

De Crouy-Chanel, E, Maitrot de la Motte, A., “France”, in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Del Fedreico, L., Castigione, R., Miconi, F., “Italy“, in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Dourado, A.P., “General Report – In Search of Validity in Tax Law: the Boundaries Between Creation and Application in a Rule-of-Law State” in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vo. 7, 2010.

Džinić, J., “Public Administration Reform in Serbia”, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave.* 11/2011.

Erdos, G., “Depicting National Tax: Hungary”, in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges* (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015.

Eriksen, S., "Institution Building in Central and Eastern Europe: Foreign Influences and Domestic Responses", *Review of Central and East European Law,* 32/2007.

Freedman, J., *Managing tax complexity: the institutional framework for tax policy-making and oversight*, Working Paper 15/08, Oxford University Center for Business Taxation, May 2015, 6 – 9 (available at *http://eureka.sbs.ox.ac.uk/5432/1/WP1508.pdf*).

Goetz, K. H., Zubek, R., "Government, Parliament and Law-making in Poland", *The Journal of Legislative Studies* 4/2007.

Gribnau, H., "Netherlands", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Gribnau, H., "Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands – Fundamental Legal Principles and Checks on Legislative Power: A Case Study", 9 Utrecht L. Rev. (2013).

Hall, P., Taylor, R., "Political Science and the Three New Institutionalisms", *Political Studies*, 44/1996.

Heinrich, J., Prinz, I., "Austria", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Heymann, P.B., "Democracy and Corruption", 20 *Fordham Int'l L.J.* (1996–1997).

Ilić-Popov, G., Popović, D., "Oporezivanje kapitalnih dobitaka u srpskom poreskom pravu: tri razloga za zabrinutost poreskih pravnika", in *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije* (ed. S. Taboroši), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2008.

Ilić-Popov, G., Popović, D., "Poreska struktura i korupcija", *Anali Pravnog fakulteta*, 1/2014.

Ilić-Popov, G., Kostić, S., "Depicting National Tax Legislation: Serbia", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel and M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015.

Jelinčić, J., Đurović, S., (eds.), *Evropeizacija Srbije – Građansko društvo*, Fund for Open Society, Belgrade 2011.

Kaminski, A., "Corruption Under the Post-Communist Transformation: The Case of Poland", *Polish Sociological Review,* 2/1997.

Kimura, K., "Japan", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Kopecký, P., "Power to the Executive! The Changing Executive–Legislative Relations in Eastern Europe", *The Journal of Legislative Studies* 10/2004.

Kostić, S., "Oporezivanje kapitalnih dobitaka fizičkih lica ostvarenih prodajom imovine stečene poklonom", *Pravni život*, 10(II)/ 2006, 914.

Kostić, S., "Administrativni okvir kao ključna prepreka usklađivanju srpskog poreskog prava sa pravom Evropske unije" in *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2016)*, (ed. V. Radović) University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2016.

Kuhner, T.K., "The Corruption of Liberal and Social Democracies", 84 *Fordham L. Rev.* (2015–2016).

Laušev, J., "Public Sector Pay Gap in Serbia during Large-Scale Privatisation, by Educational Qualification" *Economic Annals,* 47/2012.

Lazić, M., *Čekajući kapitalizam,* Službeni glasnik, Belgrade 2011.

Lazić, M., Pešić, J., *Making and Unmaking State-Centered Capitalism in Serbia*. Čigoja, Belgrade 2012.

The Mahabharata, Book 12: Santi Parva, Part I: Rajadharmanusasana Parva, Section LXXXVIII, translation by K.M. Ganguli, *http://sacred-texts.com/hin/m12/m12a087.htm*, accessed on 11 February 2019.

Martindale, B.C. (et al.), "Tax Law Complexity: The Impact of Style", 29:4 *J. Bus. Comm.* (1992).

Mendelski, M., "They Have Failed Again! Donor-Driven Promotion of the Rule of Law in Serbia", *Südosteuropa* 61/2013.

Milovanović, D., (et al.), *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, Belgrade 2012 (available at *http://www.transparentnost.org.rs/images/publikacije/GIZ%20srpski%20zasticena%20verzija%20(1).pdf*).

Mössner, J.M., "Tax Legislation in Germany – Procedures, Actors, Results, Critics", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel and M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015.

Nielsen, J. G., "Denmark", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Pajvančić, M., *Parlamentarno pravo*, Konrad Adenauer Foundation, Belgrade 2008.

Patrick Yingling, M., "Conventional and Unconventional Corruption", 51 *Duq. L. Rev*. (2013).

Pavlović, V., Orlović, S., (eds.), *Dileme i izazovi parlamentarizma*, Fakultet političkih nauka i Fondacija Konrad Adenauer, Belgrade 2007.

Pedersen, F. H., "Advancing the Study of Tax Complexity with the Usability Model", 12 *Hous. Bus. & Tax L.J.* (2011–2012).

Peters, B., van de Velde, E., "Belgium", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Pettai, V., Madise, Ü., "The Baltic Parliaments: Legislative Performance from Independence to EU Accession", *The Journal of Legislative Studies,* 12/2006.

Popović, D., *Poresko pravo*, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2018.

The Principles of Tax Policy, Eight Report of Session 2010–2011, Treasury Committee of the UK House of Commons (*https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmtreasy/753/753.pdf*, accessed 11 February 2019).

Rose-Ackerman, S., "Corruption and Democracy" 90 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (1996).

Stojanović, D., *Kaldrma i asfalt: urbanizacija i evropeizacija Beograda 1890–1914*, Udruženje za društvenu istoriju, Belgrade 2008.

Stone, R., "Legal Design for the 'Good Man'", 102 *Va. L. Rev.* (2016).

Teachout, Z., "The Anti-Corruption Principle", 94 *Cornell L. Rev.* (2008–2009).

Thuronyi, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003.

Verheijen, T., Rabrenovic, A., "Civil Service Development in Central and Eastern Europe and the CIS: A Perfect Storm?" in *Comparative Civil Service Systems in the 21st* Century (eds. F. M. van der Meer, J.C.N. Raadschelders and T.A.J. Toonen), Palgrave Macmillan, 2015.

Vukadinović, S., "Značaj i primena javnog slušanja na nacionalnom i lokalnom nivou", *Pravni zapisi*, 1/2015.

Vukadinović, S., "Javno razmatranje u funciji prevazilaženja demokratskog deficita, javna rasprava i razgraničenje od javnog slušanja", *Pravni zapisi* 1/2016.

Vukelić, J., "Neposredno učešće građana u donošenju odluka na lokalnom nivou vlasti u Srbiji", *Sociologija*, 3/2009.

Vuković, D., *Kako nastaju zakoni u Srbiji: uloga društvenih interesa i institucija u zakonodavnom procesu,* SeConS and University

of Belgrade Faculty of Philosophy Institute for Social Studies, Belgrade 2013.

Vuković, D., "The Role of Civil Society in Fostering Government Accountability in Contemporary Serbia: On the Limits of Depoliticized Social Activism", *Sociologija,* 4/2015.

Vuković, D., "Capturing Resources: The Role of Professional Communities and Middle Classes in Fostering Social Reforms Within Serbia", *Sociologija*, 2/2016.

Vuković, D., "The Hollowing Out of Institutions: Law– and Policymaking in Contemporary Serbia" in *Central and Eastern European Socio-Political and Legal Transition Revisited* (eds. B. Fekete and F Gárdos-Orosz), Peter Lang, 2018.

Vuković, D., Cvejić, S., "Attitudes to the Rule of Law in Contemporary Serbia: A Coherent Legal Culture", *Jahrbuch für Ostrecht* 1/2019 (forthcoming).

Zelenak, L., "Complex Tax Legislation in the TurboTax Era", 1 *Columbia Journal of Tax Law* (2010).

Žarković Rakić, J., "Kako se Srbiji dogodila visoka nejednakost u raspodeli dohotka", MONS 1/2017, *http://mons.rs/kako-se-srbiji-dogodila-visoka-nejednakost-u-raspodeli-dohotka*, accessed 11 February 2019.

Article history:
Received: 31. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

UDK 330.35

CERIF: S180, S188

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901095B

Dr Boris Begović*

KONCEPCIJA INSTITUCIONALNE GRANICE I NJENI ANALITIČKI DOMETI U ISTRAŽIVANJU PRIVREDNOG RASTA**

Cilj rada je da razmotri koncepciju institucionalne granice i da ispita njene analitičke domete u istraživanju privrednog rasta. Zaključak je da ne postoji jednoznačan odgovor na pitanje koje su najbolje ekonomske institucije sa stanovišta privrednog rasta jer taj odgovor zavisi od dostignutog nivoa razvijenosti. Nadalje, pokazalo se da koncepcijom institucionalne granice ne može da se reši problem kontrole dejstva kulture na ekonomske ishode, a ispostavilo se da je kultura, zajedno sa institucijama, značajan faktor privrednog rasta. Zaključuje se da definisanje jedinstvene institucionalne granice nije poželjno već da tome treba pristupiti na nivou pojedinih ekonomskih institucija ili njihovih grupa. Merenje institucionalne granice stvara znatne metodološke probleme. Analitički dometi koncepcije institucionalne granice nisu veliki, ali je njihovo istraživanje donelo brojne uzgredne, nenameravane koristi od razumevanja mehanizama privrednog rasta.

Ključne reči: *Privredni rast. – Institucionalna granica. – Granica efikasnosti. – Granica dostupne tehnologije. – Kultura. – Ekonomske slobode.*

1. UVOD

U teoriji proizvodnje, kao i u teoriji privrednog rasta, može se identifikovati nekoliko vrsta granica. Jedna od njih je granica efikasnosti

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

** Zahvaljujem Nikoli Iliću, Ani Odorović, Danici Popović i anonimnim recenzentima na komentarima i korisnim sugestijama. Niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške niti neminovno deli iznete vrednosne sudove.

– nju predstavlja ona efikasnost upotrebe proizvodnih faktora kojom se, za dati nivo njihove angažovanosti i uz datu tehnologiju, ostvaruje maksimalan mogući obim proizvodnje.[1] Dakle, pri svakom nivou efikasnosti koji je niži od maksimalnog – što znači pri svakom obimu proizvodnje manjem od najvećeg mogućeg – može se, reorganizacijom proizvodnje ili realokacijom resursa, povećati njen obim. Neoklasični model privrednog rasta zasniva se na implicitnoj pretpostavci da se proizvodnja nalazi na granici efikasnosti, pa se, shodno tome, njena efikasnost ne može uvećati.[2] Samim tim, u stabilnom stanju (*steady state*), što znači u dinamičkoj ravnoteži, stopa privrednog rasta proporcionalna je brzini tempa tehnološkog progresa – jedino tehnološki progres može da uveća ukupnu faktorsku produktivnost, pa time i obim proizvodnje, čime se ostvaruje privredni rast.[3] Čak i izvorni modeli endogenog privrednog rasta, bez obzira na to da li je reč o horizontalnim[4] ili vertikalnim inovacijama,[5] zasnivaju se na implicitnoj pretpostavci o dostignutoj maksimalnoj efikasnosti, naravno, za datu tehnologiju. To znači da u stabilnom stanju privredni rast determiniše jedino (endogeni) tehnološki progres – u uslovima dinamičke ravnoteže, stopa privrednog rasta jednaka je stopi rasta ukupne faktorske produktivnosti, a ona je proporcionalna tempu tehnološkog progresa.

U stvarnosti, međutim, različite zemlje nalaze se na različitoj udaljenosti od granice efikasnosti. Posredan dokaz te tvrdnje, između ostalog, jesu strukturne reforme, čijim sprovođenjem dolazi do realokacije resursa

---

1 Vid. Gerald W. Scully, „The institutional framework and economic development", *Journal of Political Economy* 96/1988, 652–662. Teorija privrednog rasta posmatra samo efikasnost kao takvu, ne praveći razliku između alokativne (obim proizvodnje koji se menja sa promenom alokacije resursa između preduzeća i između privrednih grana) i proizvodne efikasnosti (obim proizvodnje koji se menja bez realokacije resursa, samo promenom načina proizvodnje za njihovu datu alokaciju).

2 Vid. Robert M. Solow, „A contribution to the theory of economic growth", *Quarterly Journal of Economics* 70/1956, 65–94.

3 Pretpostavka o maksimizovanoj efikasnosti u tom modelu važi i ukoliko nije postignuto stabilno stanje, ono stanje pri kome ne dolazi do promene fonda akumuliranog kapitala i radne snage, zbog toga što su bruto investicije jednake amortizaciji, a ne menja se tehnička opremljenost rada (odnos kapitala i radne snage). Drugim rečima, ta pretpostavka važi i tokom konvergencije ka stabilnom stanju (uslovna konvergencija), to jest u uslovima tranzitornog privrednog rasta. Više o tome vid. u: Robert Barro, Xavier Sala-i-Martin, *Economic Growth*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 2005[2].

4 Horizontalne inovacije podrazumevaju diverzifikaciju – uvođenje novog proizvoda ne istiskuje postojeći. Što je više inovacija, uvećava se broj proizvoda, odnosno raste stepen diverzifikacije. Vid. Paul M. Romer, „Endogenous technological change", *Journal of Political Economy* 98/1990, S71–S102.

5 Vertikalne inovacije podrazumevaju da se pojavom novog proizvoda napušta stari. Drugim rečima, novi, superioran proizvod istiskuje postojeći. Stoga se, bez obzira na intenzitet tehnološkog progresa, pa time i broj inovacija, ne menja broj proizvoda – on ostaje uvek isti. Vid. Philippe Aghion, Peter W. Howitt, „A model of growth through creative destruction", *Econometrica* 60/1992, 323–351.

u najširem smislu reči, kao i do promenjenog načina njihovog korišćenja, što uzrokuje rast ukupne faktorske produktivnosti. Pitanje je, međutim, da li se ogromne uočene razlike u ukupnoj faktorskoj produktivnosti između zemalja mogu objasniti isključivo razlikama u efikasnosti.[6] Na teorijskom planu odgovor bi bio potvrdan jedino ukoliko bi sve zemlje, preciznije rečeno svi proizvođači u njima, koristili identičnu tehnologiju. To, naravno, nije slučaj – te razlike su veoma velike.[7]

Time se dolazi do sledeće granice u teoriji proizvodnje i privrednog rasta – granice dostupne tehnologije. Reč je o onoj tehnologiji koja, za datu efikasnost, generiše najvišu ukupnu faktorsku produktivnost (*total factor productivity*) – svako odstupanje od granice dostupne tehnologije, što se neminovno svodi na zaostajanje za njom, znači umanjenje ukupne faktorske produktivnosti u odnosu na najvišu moguću. Što je zemlja udaljenija od granice dostupne tehnologije, niža je *ceteris paribus* ukupna faktorska produktivnost njene privrede. Dakle, granica dostupne tehnologije označava najmoderniju tehnologiju, a udaljenost od te granice ukazuje na tehnološko zaostajanje. Nadalje, što je više resursa alocirano u istraživanje i razvoj, može se *ceteris paribus* očekivati brži tempo tehnološkog progresa i, stoga, brže pomeranje granice dostupne tehnologije.[8] Teorijski posmatrano, svaka zemlja se može nalaziti ili na granici dostupne tehnologije ili zaostajati za njom. Budući da je tehnologija specifična sa stanovišta pojedinačne proizvodnje, to jest grane delatnosti, zemlja koja se nalazi na granici dostupne tehnologije u jednoj grani ne mora da bude, a veoma često i nije, na granici dostupne tehnologije u nekoj drugoj grani. Što je brži i efikasniji transfer tehnologije, što su manje prepreke te vrste, manje je zaostajanje drugih zemalja za onom koja je tehnološki najnaprednija. Alternativno, što su veća ulaganja u istraživanje i razvoj, u stvaranje nove tehnologije i autohtoni tehnološki progres, manje je zaostajanje za tehnološki najnaprednijom zemljom. Ovim su, praktično, opisane dve strategije (istraživanje i razvoj ili transfer tehnologije) koje

---

[6] Vid. Robert E. Hall, Charles I. Jones, „Why do some countries produce so much more output per worker than others?“, *Quarterly Journal of Economics* 109(1)/1999, 83–116.

[7] Postoje brojne prepreke, pravne i, naročito, ekonomske, transferu tehnologije od visokoproduktivnih u niskoproduktivne zemlje. Više o tome vid. u: John Kirkland (ed.), *Barriers to International Technology Transfer*, Kluwer Academic, Dordrecht 1996. Štaviše. Čak je ograničen i protok kapitala iz bogatih zemalja u siromašne, što je kontraintuitivno, budući da bi njegov plasman u siromašnim zemljama doneo daleko veće prinose. Više o tome vid. u: Robert Lucas, „Why doesn't capital flow from rich to poor countries“, *American Economic Review* 80(1)/1990, 92–96.

[8] Tehnološki progres, rezultat istraživanja i razvoja, neizvestan je, tako da su tehnološke inovacije stohastička promenljiva. Zbog toga se i upotrebljava formulacija „može se očekivati“, to jest uvećava se verovatnoća ubrzavanja tempa tehnološkog progresa. Više o prirodi delatnosti istraživanja i razvoja i karakteru tehnološkog progresa vid. u: David N. Weil, *Economic Growth*, New York 2009[2].

određenoj zemlji stoje na raspolaganju da bi se približila granici dostupne tehnologije i dostigla je.

Imajući sve to u vidu, postavlja se pitanje porekla obe navedene veličine: kako se uspostavljaju pomenute granice, bilo granica efikasnosti ili granica dostupne tehnologije? Konzistentan odgovor na to pitanje podrazumeva i da se odgovori na pitanje zbog čega zemlje zaostaju za jednom ili drugom granicom: šta i na koji način uslovljava veličinu tog zaostajanja? Odgovorom na to pitanje konzistentno se mogu objasniti velike uočene razlike u ukupnoj faktorskoj produktivnosti između zemalja.

Osnovna hipoteza od koje se u ovom radu polazi jeste da se ekonomskim institucijama može objasniti poreklo obe te granice, a razlikama između tih institucija i razlike u zaostajanju zemalja u pogledu obe te granice, pa time i razlike u ukupnoj faktorskoj produktivnosti između njih.

Cilj rada je da, ispitujući pomenutu hipotezu, ponudi koncepciju institucionalne granice kao objašnjavajuće promenljive veličine i da ispita analitičke domete te koncepcije u istraživanju privrednog rasta. Taj cilj je uslovio i njegovu strukturu. Prvo će se definisati pojam institucionalne granice, potom će se razmotriti mogućnost jednoznačnog određivanja institucionalne granice, da bi se na kraju pažnja posvetila metodima merenja institucionalne granice. Sledi zaključak o analitičkim dometima koncepcije institucionalne granice u istraživanju fenomena privrednog rasta.

2. DEFINISANJE INSTITUCIONALNE GRANICE

Kao što je već pomenuto, osnovna polazna hipoteza ovog razmatranja jeste da ekonomske institucije određuju dve uočene granice (koje opisuju maksimalan dostupan obim proizvodnje), bez obzira na to da li je reč o granici efikasnosti ili o granici tehnologije. Shodno tome, razlike između ekonomskih institucija po zemljama uslovljavaju i razlike u zaostajanju za njima.[9] Treba uočiti da ekonomske institucije stvaraju podsticaje privrednim subjektima na strani ponude, onima koji donose odluke u proizvodnji da se ponašaju na određeni način,[10] pri čemu je ire-

[9] U ovom radu se ne razmatra poreklo tih razlika, dakle, ne zalazi se u pitanje faktora koji utiču na stvaranje ekonomskih institucija. Shodno tome, ne sporeći mogućnost da političke institucije utiču na ekonomske, ovaj rad se ne bavi političkim institucijama, pa stoga one ne ulaze u institucionalnu granicu, bar ne neposredno.

[10] Više o tome vid. u: Daron Acemoglu, Simon Johnson, James A. Robinson, „Institutions as a fundamental cause of long-run growth“, *Handbook of Economic Growth, Volume 1A* (eds. Philippe Aghion, Steven N. Durlauf), North Holland, Amsterdam 2005, 385–472. Pod institucijama se u ovom radu podrazumevaju pravila ponašanja ili formalno „ljudski osmišljena ograničenja koja oblikuju interakcije između ljudi“ – Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, 3. Shodno tome, pod ekonomskim institucijama se u ovom

levantno da li je reč o formalnim ili neformalnim institucijama.[11] Upravo se tim podsticajima konzistentno mogu objasniti obe pomenute granice, budući da su obe endogene – i jedna i druga proizvod su ljudskog ponašanja, a ono zavisi od podsticaja koje stvaraju upravo odgovarajuće ekonomske institucije.

Što su snažniji odgovarajući podsticaji za efikasnost koje stvaraju ekonomske institucije, efikasnost je veća, približava se granici ili se ta granica, eventualno, pomera. Takođe, što su snažniji podsticaji za ulaganje u istraživanje i razvoj koje stvaraju ekonomske institucije, intenzivniji je tehnološki progres, što znači da je brži njegov tempo, pa to pomera granicu dostupne tehnologije, odnosno približava zaostale zemlje toj tehnologiji. Konačno, što su snažniji podsticaji i manje barijere za transfer tehnologije, a prvo određuju ekonomske institucije, dok ovo drugo upravo predstavlja te institucije, ubrzava se taj transfer i na taj način se umanjuje i, u krajnjoj liniji, eliminiše zaostajanje određene zemlje za granicom dostupne tehnologije.

Dobre ekonomske institucije mogu se, sa stanovišta rezultata, relativno lako definisati. Načelno posmatrano, to su one institucije koje maksimizuju obim proizvodnje, odnosno brzinu njegovog uvećanja, to jest stopu privrednog rasta. U kontekstu dve pomenute granice, dobre ekonomske institucije su one koje dinamički maksimizuju ukupnu faktorsku produktivnost, i to na dva načina: maksimizacijom efikasnosti i maksimizacijom tempa tehnološkog progresa.

Može se identifikovati nekoliko vrsta dobrih ekonomskih institucija. Prvu čine one kojima se uspostavlja vladavina prava, shvaćena kao univerzalna i delotvorna zaštita privatnih svojinskih i ugovornih prava.[12] Alternativno, te institucije se mogu definisati kao one kojima se minimizuje rizik eksproprijacije, kako same investicije određenog proi-

radu podrazumevaju ona pravila ponašanja ljudi koja se odnose na privredne subjekte, preciznije rečeno, na ekonomsku interakciju između tih subjekata. Više o sistematizaciji i svojstvima institucija, naročito ekonomskih, vid. u: Boris Begović, *Institucionalni aspekti privrednog rasta*, Službeni glasnik – Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2011, 19–33. U ovom tekstu se koristi i klasifikacija ekonomskih institucija koja je izložena u navedenom radu stoga što potpuno odgovara potrebama istraživanja institucionalne granice.

11 Kategorija formalnih institucija sama sebe objašnjava kao pravne norme ponašanja kojima su pridružene sankcije za njihovo kršenje. U neformalne institucije spadaju običajne i interne (moralne) norme, pri čemu su sankcije za povredu prvih eksterne, a za kršenje drugih interne. Više o tome vid. u: D. North, 6–9. Podela na formalne i neformalne institucije važi za sve vrste institucija, tako da je pogrešno poistovećivati formalne institucije sa političkom institucijama, kao što to čini: Claudia R. Williams, „Informal institutions rule: institutional arrangements and economic performance", *Public Choice* 139(2)/2009, 372.

12 Svojinska prava, kako se ona poimaju u ovom tekstu, obuhvataju svojinu i sva druga čisto imovinska prava, poput, na primer, prava intelektualne svojine.

zvodnog faktora, tako i njegovih prinosa.[13] Dobra rešenja na tom planu omogućavaju vlasnicima proizvodnih faktora da nesmetano uživaju pune prinose sopstvenih poslovnih poduhvata, preciznije rečeno, svojih proizvodnih faktora angažovanih u tim poslovnim poduhvatima. Stoga će se neminovno *ceteris paribus* uvećati nivo investicija, kao i njihova efikasnost. Treba imati u vidu da narušavanje svojinskih prava može da dođe, kako od strane privatnog sektora, tako, putem prekomernog oporezivanja, i od strane države. Stoga treba voditi računa da je potrebna zaštita privatnih svojinskih prava ne samo od predatora iz privatnog sektora, koji bi da ta prava naruše kršenjem zakona, već i od onih iz javnog sektora, koji bi da privatna svojinska prava naruše na načine koji su u skladu sa zakonom.[14]

Nema sumnje da dobra zaštita privatnih svojinskih prava koja se odnose na fizički, pa i ljudski kapital uvećava efikasnost angažovanih proizvodnih faktora, budući da vlasnici proizvodnih faktora uživaju, u vidu uvećanih prinosa, sve posledice uvećane efikasnosti, pa stoga imaju podsticaj da podižu nivo ukupne faktorske produktivnosti. Međutim, osim toga, ta zaštita naročito povećava količinu angažovanih proizvodnih faktora, pre svega kapitala, povećanjem stope investicija, tako da se i akumulacijom proizvodnih faktora uvećavaju nivo proizvodnje i brzina njegovog rasta. U tom smislu, dekompozicija stope privrednog rasta (*growth accounting*) može da dovede do zaključka o relativnoj snazi ta dva efekta dobre zaštite privatnih svojinskih prava. Ne postoji nikakvo konzistentno teorijsko predviđanje tog odnosa, a na empirijskoj analizi je da pokaže da li postoji regularnost određene vrste.[15]

Osim toga, dobra zaštita intelektualne svojine stvara snažne podsticaje za istraživanje i razvoj, što omogućava veće ulaganje proizvodnih faktora u tu delatnost i uvećanu efikasnost njihovog korišćenja, pa se time ubrzava tehnološki progres, čime se ubrzava i rast ukupne faktorske produktivnosti, pa time i privredni rast. Razlika u odnosu na prethodni mehanizam jeste u tome što su uvećanja efikasnosti jednokratna, omo-

[13] Eksproprijacija u terminologiji ekonomske nauke, pa time i u ovom radu, predstavlja svako oduzimanje fondova (na primer, imovine) ili tokova (na primer, faktorskih dohodaka) bez odgovarajuće kompenzacije, bez obzira na to kakav je bio postupak tog oduzimanja.

[14] Specifičnu mogućnost javnog sektora da narušava privatna svojinska prava kršenjem zakona čini korupcija, pre svega iznuđivanje. Šire o tome vid. u: Simeon Djankov *et al.*, „The new comparative economics“, *Journal of Comparative Economics* 31(3)/2003, 595–619.

[15] Ipak, razborito je pretpostaviti da je efekat na privredni rast koji dobra zaštita privatnih svojinskih prava ostvaruje uvećanom akumulacijom i angažovanjem proizvodnih faktora veći od efekta koji se ostvaruje putem uvećanja efikasnosti. Razlog tome je što dobra zaštita privatnih svojinskih prava štiti i investiciju i njen prinos, pa zbog toga na akumulaciju i angažovanje ima multiplikovano dejstvo. Što je duži period koji je potreban da se investicija otplati, može se očekivati snažniji multiplikativni efekat te vrste.

gućuju jednokratno povećanje ukupne faktorske produktivnosti, pa time i nivoa proizvodnje, isto kao i uvećanje količine angažovanih proizvodnih faktora, dok ubrzanje tempa tehnološkog progresa ima kontinuirano delovanje na stopu privrednog rasta. Ta dvojnost se svodi na razliku između tranzitnog privrednog rasta i rasta u stabilnom stanju.

Drugu vrstu dobrih ekonomskih institucija čine one koje obezbeđuju efikasnost javnog sektora u pružanju javnog dobra. U određenoj meri, institucije te vrste su već obuhvaćene prethodnim, budući da se prekomerno oporezivanje upravo definiše tako što se posmatra efekat oporezivanja na stopu prinosa na plasmane proizvodnih faktora. Što je veće uvećanje te stope usled pružanja javnog dobra u odnosu na njeno umanjenje usled oporezivanja, veća je efikasnost javnog sektora u pružanju javnog dobra. Iz drugog ugla posmatrano, što je veća efikasnost javnog sektora u pružanju javnog dobra, veći je porast stope prinosa usled pružanja javnog dobra u odnosu na njegovo umanjenje usled oporezivanja prinosa. Shodno tome, što je veća efikasnost pružanja javnog dobra, viša je neto stopa prinosa. Taj ishod ima istovetne posledice kao i već pomenuta bolja zaštita privatnih svojinskih prava: uvećanje ukupne faktorske produktivnosti (usled povećanja efikasnosti) i povećanje akumulacije proizvodnih faktora (usled povećanja stope investicija).

Treća vrsta dobrih ekonomskih institucija odnosi se na ekonomske slobode i naročito na one institucije koje uspostavljaju i održavaju slobodu novih ulazaka i omogućavaju nesputano nadmetanje konkurenata na tržištu, što znači da maksimizuju ukupan konkurentski pritisak (stvarni i potencijalni) koji trpe svi učesnici na tržištu. Taj pritisak snažno podstiče svakog proizvođača da uveća svoju efikasnost i da tehnološkim i poslovnim inovacijama podigne nivo tehnologije koju koristi i, time, uveća ukupnu faktorsku produktivnost. U tom smislu, može se reći da snažna konkurencija uvećava efikasnost (alokativnu, proizvodnu i selektivnu), pa time povećava nivo proizvodnje, ali i ubrzava tehnološki progres, tako što ubrzava njegov tempo, pa time i podiže stopu privrednog rasta u stabilnom stanju.

Treba ukazati na mogućnost protivrečnih efekata prve i treće vrste ekonomskih institucija. Snažna zaštita privatnih svojinskih prava, koju nudi prva vrsta ekonomskih institucija, budući da uvećava stopu prinosa vlasnika, ključna je za uvećanje akumulacije proizvodnih faktora. Što je viša stopa prinosa, to je viša i stopa investicija fizičkog kapitala, pa je time viša i tranzitorna stopa privrednog rasta, odnosno viši je dostignuti nivo proizvodnje u stabilnom stanju. Treća vrsta tih institucija, one koje stvaraju i održavaju ekonomske slobode, neminovno umanjuje stopu prinosa, budući da se visoka stopa prinosa ostvaruje ukoliko postoji tržišna moć, a ekonomske slobode, naročito sloboda ulaska novih konkurenata,

potkopavaju tržišnu moć i ekonomski profit koji iz nje proizlazi.[16] Stoga uvećanje ekonomskih sloboda može da izazove obaranje stope investicija, a time i da umanji akumulaciju proizvodnih faktora i uzrokuje odgovarajuće usporavanje (tranzitornog) privrednog rasta.

Međutim, snažan konkurentski pritisak i ulazak novih konkurenata koje omogućavaju dobre ekonomske institucije treće vrste stvaraju podsticaj za uvećanje ukupne faktorske produktivnosti, i na osnovu uvećane efikasnosti i na osnovu ubrzanog tempa tehnološkog progresa. Slobodan ulazak novih konkurenata ključan je za pospešivanje tehnološkog progresa, budući da poslovne i tehnološke inovacije u velikoj meri donose upravo novi konkurenti – bez njih se umanjuju inovacije, pa opada tempo tehnološkog progresa, što usporava privredni rast. Dodatno pospešivanje tehnološkog progresa dolazi od onih proizvođača koji su već u grani, koji inoviraju sa ciljem da preduprede nove ulaske u uslovima niskih pravnih barijera ulasku.

Stoga se postavlja pitanje koje su od te dve vrste ekonomskih institucija važnije za pospešivanje privrednog rasta. Odgovor na to pitanje zavisi od toga na čemu se zasniva privredni rast određene zemlje. Ukoliko se taj rast zasniva na akumulaciji proizvodnih faktora, ključnu važnost imaju snažna zaštita privatnih svojinskih prava i visoke stope prinosa, budući da se na taj način stvaraju snažni podsticaji za investiranje, pre svega fizičkog kapitala, čime se postižu visoke stope privrednog rasta, doduše tranzitornog. Takav privredni rast javlja se u zemljama koje se nalaze na relativno niskom stepenu razvijenosti i koje su još uvek daleko od stabilnog stanja, to jest koje još uvek konvergiraju ka njemu. To su, takođe, zemlje koje se nalaze daleko od granice dostupne tehnologije. U takvim okolnostima, ekonomske institucije koje omogućavaju zaštitu privatnih svojinskih prava daleko su važnije od onih koje obezbeđuju ekonomske slobode, a visok nivo ekonomskih sloboda može biti kontraproduktivan, upravo zbog obaranja stope prinosa.[17] Nasuprot tome, međutim, ne treba očekivati visok nivo efikasnosti, odnosno znatan porast tog nivoa, jer nedostaju one ekonomske institucije koje privrednim subjektima stvaraju

---

16 Sloboda novih ulazaka odnosi se na uklanjanje pravnih barijera ulasku i njihov uticaj na ekonomski profit. Postojanje ekonomskih barijera ulasku, poput apsolutne prednosti u troškovima, omogućava postojanje ekonomskog profita, međutim, ne zalazi u razmatranje slobode ulaska već u konkurentsko nadmetanje učesnika na tržištu i superiornu tehnologiju jednog od njih. Više o tome vid. u: W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 1995[2], 155–163.

17 Više o tome vid. u: Daron Acemoglu, Philippe Aghion, Fabrizio Zilibotti, „Distance to frontier, selection and economic growth“, *Journal of European Economic Association* 4(1)/2006, 37–74. Upravo zbog toga autori predlažu suspendovanje ili bar ublažavanje sprovođenja prava konkurencije, kako bi visoki ekonomski profiti usled postojanja tržišne moći bili snažan podsticaj za investiranje.

snažne podsticaje za tako nešto. Takođe, ne treba očekivati ni brz tempo tehnološkog progresa.

Nasuprot tome, ukoliko se privredni rast zasniva na inovacijama, a to se dešava na višim nivoima razvijenosti i na manjoj udaljenosti od granice dostupne tehnologije, ekonomske slobode imaju ključni značaj za ubrzanje privrednog rasta. Naime, poslovne i tehnološke inovacije su, kao što je već napomenuto, u najvećem broju slučajeva povezane sa novim ulascima – njih primenjuju novi konkurenti pri svojim ulascima. Takav privredni rast javlja se u zemljama koje su ne samo na relativno visokom stepenu razvijenosti, nego su i u stabilnom stanju ili blizu njega. Shodno tome, stopa njihovog privrednog rasta zavisi isključivo ili prevashodno od tempa tehnološkog progresa, a on je determinisan tehnološkim i poslovnim inovacijama. Za privredni rast tih zemalja ključne su upravo one ekonomske institucije koje omogućavaju ekonomske slobode.

Štaviše, pokazalo se da je u takvim okolnostima daleko bitnije da su institucije fleksibilne nego da su postojane.[18] Naime, upravo tehnološki progres i poslovne inovacije koje iz njega proizlaze zahtevaju fleksibilnost ekonomskih institucija kako bi te poslovne inovacije mogle lakše da se primene. Nasuprot tome, u situacijama u kojima se privredni rast zasniva na akumulaciji proizvodnih faktora, ključnu važnost ima postojanost ekonomskih institucija. Naročito onih kojima se obezbeđuje zaštita privatnih svojinskih prava, kako bi se umanjio rizik s kojim se susreću investitori, sa svim posledicama tog umanjenja: uvećanjem očekivane vrednosti prinosa, pa time i uvećanjem akumulacija proizvodnih faktora, koja je osnovni izvor privrednog rasta. Stoga se ubrzava privredni rast. Dakle, fleksibilnost ekonomskih institucija nije poželjna na niskom nivou razvijenosti privrede, ali je poželjna na visokom.

Nezavisno od toga što mogu da umanje stopu prinosa i na taj način obore stopu investicija i (tranzitornog) privrednog rasta, ekonomske institucije koje obezbeđuju ekonomske slobode imaju dvojako dejstvo. S jedne strane, one omogućuju uvećanje efikasnosti, pa time i uvećanje nivoa proizvodnje pri datom angažovanju proizvodnih faktora. Posredi je jednokratno povećanje nivoa proizvodnje, tako da se posle tog uvećanja uspostavlja novo stabilno stanje, odnosno stabilno stanje koje karakteriše novi, viši nivo proizvodnje. S druge strane, one omogućuju povećana ulaganja proizvodnih faktora u istraživanje i razvoj i ulaske novih konkurenata u granu, što pospešuje poslovne i tehnološke inovacije, pa na taj način ubrzavaju tempo tehnološkog progresa, što uvećava stopu privrednog rasta u stabilnom stanju.

Budući da je ustanovljeno šta čini dobre ekonomske institucije, otvara se mogućnost poređenja ekonomskih institucija između zemalja.

[18] Vid. Lewis S. Davis, „Institutional flexibility and economic growth“, *Journal of Comparative Economics* 38(3)/2010, 306–320.

Stoga se postavlja pitanje da li se, analogno granici efikasnosti ili granici dostupne tehnologije, može formirati institucionalna granica, ona granica koja opisuje, sa stanovišta privrednog rasta, najbolje institucije.[19] No, pre nego što se pređe na razmatranje tog pitanja, treba ukazati na to da i drugi faktori utiču na privredni rast i da institucije, ekonomske i ostale, nisu jedino fundamentalno objašnjenje privrednog rasta. Jedno od najbitnijih savremenih istraživanja porekla privrednog rasta ukazuje na kulturu kao ključno, mada samo jedno od fundamentalnih objašnjenja privrednog rasta, ne sporeći značaj ekonomskih institucija.[20] Dok institucije, prema samoj definiciji, predstavljaju ograničenja koja oblikuju interakcije između ljudi, kultura definiše osnovne ljudske motive, njihovu pokretačku snagu, nezavisno od toga da li dolazi do interakcije sa drugim ljudima ili ne. Budući da je pitanje motiva ključno za razmatranje odluka pojedinaca koje su relevantne za privredni rast, poslovnih odluka da li da se nešto preduzme ili ne, očigledno je da se kultura ne može zaobići kao jedno od fundamentalnih, sa institucijama komplementarnih, objašnjenja privrednog rasta.[21] To svakako treba imati u vidu prilikom razmatranja jednoznačnog određivanja institucionalne granice. Očigledno je da se već na samom početku definisanja koncepcije institucionalne granice javlja prilično krupan nedostatak koji se ne može izbeći.

[19] U tom smislu, tu institucionalnu granicu ne treba poistovetiti sa granicom institucionalnih mogućnosti, koncepcijom koju su u analizu uveli S. Djankov *et al.*, 606–607, kojom se iskazuje koje su to dostupne alternativne institucije kojima se mogu zaštititi privatna svojinska prava. Ta granica nije ostavila značajniji trag u radovima koji su sledili ovaj pionirski. Izuzetak čine Darcy Allen, Chris Berg, „Subjective political economy“, *New Perspectives on Political Economy* 13/2017, 19–40.

[20] Vid. Joel Mokyr, *A Culture of Growth: The Origins of the Modern Economy*, Princeton University Press, Princeton 2017, 8, koji pod kulturom podrazumeva „skup verovanja, vrednosti i preferencija koje mogu da utiču na ljudsko ponašanje, a koji se društveno (ne genetski) prenosi i koji deli neki podskup u društvu“. Na sličan način kulturu definišu Luigi Giuso, Paola Sapienza, Luigi Zingales, „Does culture affects economic outcomes“, *Journal of Economic Perspectives* 20(2)/2006, 23–48. Problem sa ranijim razmatranjima kulture u ekonomiji i ostalim društvenim naukama leži u nepostojanju njene jedinstvene definicije, tako da su različiti autori pod kulturom podrazumevali različite stvari. Više o tome vid. u: Sjoerd Beugelsdijk, Robbert Maseland, *Culture in Economics: History, Methodological Reflections, and Contemporary Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

[21] Više o komplementarnosti ta dva objašnjenja i o tome kako se ta komplementarnost ostvaruje vid. u: Boris Begović, „Institutions or Culture: Alternative or Complementary Explanations of Economic Growth?“, Keynote lecture at the *EMB 2018 International Conference*, Kragujevac 9th Novembre, 2018a.

3. JEDNOZNAČNO ODREĐIVANJE INSTITUCIONALNE GRANICE

Načelno posmatrano, s obzirom na to da ekonomske institucije, u krajnjoj liniji, determinišu nivo proizvodnje i stopu privrednog rasta, institucionalna granica se može definisati kao skup onih institucija koje postoje u zemlji koja ima najviši nivo ukupne faktorske produktivnosti, odnosno najviši nivo proizvodnje (bruto domaći proizvod – BDP) *per capita*.[22] Upravo su to one ekonomske institucije koje su stvorile podsticaje koji su omogućili sve ono što je dovelo do takvog nivoa proizvodnje kao kumulativnog rezultata privrednog rasta: visoku akumulaciju proizvodnih faktora, visok nivo efikasnosti i brz tempo tehnološkog progresa tokom vremena. Prema tome, institucionalna granica se relativno lako definiše na osnovu posledica koje stvara. Problem je, međutim, u tome što, kao što je već pomenuto, institucije nisu jedini faktor privrednog rasta i što, u tom metodološkom okviru, ne postoji način da se kontroliše dejstvo drugih faktora koji uslovljavaju ekonomske ishode, poput kulture. Stoga se analitički ne mogu izolovati samo efekti ekonomskih institucija na nivo ukupne faktorske produktivnosti, odnosno na BDP *per capita*. Samim tim, udaljenost pojedine zemlje od institucionalne granice nema linearnu vezu sa nivoom ukupne faktorske produktivnosti u toj zemlji, budući da na taj nivo svakako utiče i kultura.[23]

---

[22] Institucionalnu granicu mnogo je bolje definisati na osnovu dostignutog nivoa privredne razvijenosti, merenog putem nivoa proizvodnje *per capita*, kao indikatora produktivnosti rada (aproksimacije ukupne faktorske produktivnosti), nego putem stope privrednog rasta. Reč je o tome da stopa rasta može značajno da varira u vremenu, odnosno da zemlje koje imaju veoma loše institucije mogu, na primer usled institucionalne reforme koja u takvim okolnostima ima veoma visoke prinose, u određenim godinama da ostvare visoke stope rasta. Isto tako, visoke stope rasta mogu da se, u zemljama koji su izvoznici primarnih proizvoda, ostvare zahvaljujući skoku cena tih proizvoda na svetskom tržištu i poboljšanju uslova razmene, dakle bez ikakve institucionalne reforme.

[23] Korišćenje prirodnih eksperimenata da se pokaže da samo institucije utiču na privredni rast može da dovede do grešaka u zaključivanju. Primeri Severne i Južne Koreje, kao i grada Nogales, koji deli granica između SAD i Meksika, koje iznose Asemoglu i Robinson, jesu primeri da u uslovima kontrole kulture (koja je ista u oba slučaja) institucije imaju odlučujući uticaj na privredni rast, ali se na osnovu toga ne može zaključiti, suprotno onome što čine autori, da kultura nema nikakav uticaj na ekonomske ishode. Vid. Daron Acemoglu, James Robinson, *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile Books, London 2012. Suprotno pomenutim prirodnim eksperimentima, može se koristiti i prirodni eksperiment tranzicije istočnoevropskih zemalja u kojima se razlikuju ekonomski ishodi tih i zapadnoevropskih zemalja, iako su i u jednim i u drugima, posle završene tranzicije i pristupanja Evropskoj uniji, na delu istovetne barem formalne institucije. Očigledno je da se razlikama u kulturi (zajedno sa neformalnim institucijama) može objasniti razlika u ekonomskim ishodima. Očigledno je da se razlike u ekonomskim ishodima u zemljama u tranziciji mogu pripisati neformalnim institucijama i kulturi, koje se razlikuju između zapadnoevropskih i istočnoevropskih zemalja, tim pre što pojedini autori poistovećuju kulturu sa neformalnim institucijama. Više o tome vid. u: B. Begović (2018a), 6. Više o poistovećivanju neformalnih institucija i kulture vid. u: Al-

Nezavisno od tog konceptualnog nedostatka, dodatni problem nastaje kada treba detaljnije odrediti samu institucionalnu granicu, što znači definisati sadržaj tog pojma. Sa tim ciljem, treba odgovoriti na sledeće pitanje: koje sve to ekonomske institucije spadaju u institucionalni skup koji čini tu granicu? Budući da su identifikovane već tri vrste ekonomskih institucija, otvara se već pomenuto pitanje mogućnosti da efekti jedne vrste dobrih ekonomskih institucija protivreče efektima druge njihove vrste. Taj problem se može rešiti ukoliko se institucionalna granica poveže isključivo sa dvema granicama koje su pomenute na početku rada: granicom efikasnosti i granicom tehnologije. To znači da bi institucionalna granica bila ona koja omogućava najvišu dostupnu ukupnu faktorsku produktivnost (pri datom nivou akumulacije proizvodnih faktora).

Na taj način može se jednoznačno definisati institucionalna granica, budući da, u najvećoj meri, isti oni faktori koji utiču na efikasnost utiču i na tehnološki progres.[24] Problem sa ovako definisanom institucionalnom granicom druge je vrste – zanemaruje se privredni rast a razmatranje se isključivo usredsređuje na rast ukupne faktorske produktivnosti. To znači da, sa stanovišta privrednog rasta, ne može jednoznačno da se definiše konvergencija ka institucionalnoj granici kao poželjan pravac institucionalne reforme za svaku zemlju. Naime, ukoliko je posmatrana zemlja veoma udaljena od institucionalne granice, vrlo verovatno je reč o zemlji na niskom nivou razvijenosti, tako da su za njen privredni rast ključne one institucionalne reforme kojima se uspostavlja univerzalna zaštita privatnih svojinskih prava, dok reforme kojima se uvećavaju ekonomske slobode sa stanovišta privrednog rasta ne moraju da budu delotvorne, pa čak mogu da budu kontraproduktivne. Reč je o tome da se privredni rast takvih zemalja zasniva na akumulaciji proizvodnih faktora. Stoga, neke od institucija koje omogućuju rast ukupne faktorske produktivnosti, poput onih koje omogućavaju slobodne ulaske novih konkurenata, ne samo da ne bi dale rezultate u takvim zemljama, nego bi (imajući u vidu da obaraju prinose investicija proizvodnih faktora) bile ili bar mogle da budu kontraproduktivne budući da umanjuju podsticaje za njihovu akumulaciju. Otuda može da se dogodi da konvergencija ka institucionalnoj granici izazove obaranje (tranzitorne) stope privrednog rasta zemalja koje se nalaze na nižem nivou privredne razvijenosti.

Čak i ukoliko se uočeni problemi otklone, što se može postići time da se razmatranje usmeri isključivo na ukupnu faktorsku produktivnost,[25]

berto Alesina, Paola Giuliano, „Culture and institutions“, *Journal of Economic Literature* 53(4)/2015, 898–944.

[24] Doduše, dobra zaštita intelektualne svojine, to jest svih svojinskih prava koja iz nje proizlaze, ima ključnu važnost za tehnološki progres i poslovne inovacije, ali nije posebno značajna za efikasnost.

[25] Time se analiza *de facto* usmerava ka privrednom rastu zemalja koje se nalaze na visokom nivou razvijenosti jer je rast ukupne faktorske produktivnosti, i to onaj zasnovan na tehnološkom napretku, osnovni izvor njihovog privrednog rasta.

treba očekivati da postoje opadajući prinosi institucionalne reforme. Reč je o sledećem: ukoliko je zemlja daleko od institucionalne granice, relativno jednostavnim reformskim potezima može znatno da podigne nivo proizvodnje, odnosno da ubrza privredni rast. Kako joj se približava, treba očekivati sve manji prirast i nivoa proizvodnje i same stope privrednog rasta.

Ipak, ključni problem privrednog rasta na srednjem nivou razvijenosti, kao i konvergencije koju on uzrokuje, jeste pitanje načina prelaska sa jedne vrste privrednog rasta (onog zasnovanog na akumulaciji proizvodnih faktora) na drugi (onaj zasnovan na inovacijama). To označava i promenu sadržaja institucionalne reforme usredsređene na ubrzanje privrednog rasta. Na njenom početku, pri najnižim nivoima privredne razvijenosti, najvažnije je da se uspostavi univerzalna i dobra zaštita privatnih svojinskih prava, i to od svake vrste njihovog narušavanja, bez obzira na to da li je u skladu sa zakonom ili nije, odnosno, iz drugog ugla posmatrano, da li ona dolaze od javnog ili privatnog sektora. Nasuprot tome, na višim nivoima razvijenosti, i privredne i institucionalne, od ključne je važnosti obezbediti snažnu konkurenciju, odnosno omogućiti slobodan ulazak novih konkurenata, budući da se privredni rast u toj fazi zasniva na inovacijama, a ne toliko na akumulaciji proizvodnih faktora.[26]

To, međutim, ne znači da zaštita privatnih svojinskih prava na višim nivoima razvijenosti nije značajna, naročito zaštita od privatnih predatora. Ne postoji, ni na jednom nivou razvijenosti, nijedan valjan razlog za napuštanje tako uspostavljene vladavine prava. Međutim, na visokim nivoima privredne razvijenosti može se tolerisati viši nivo prisilne preraspodele dohotka koja, usled prekomernog oporezivanja, neminovno predstavlja narušavanje privatnih svojinskih prava koje je u skladu sa zakonom. Štaviše, sve razvijene zemlje su demokratske, tako da preferencije medijanskog birača u pogledu prisilne preraspodele dohotka dolaze do izražaja u formiranju državnih politika, što pospešuje tu vrstu prisilne preraspodele.[27] Stoga se može očekivati da je ukupan nivo zaštite privatnih svojinskih prava u razvijenim zemljama nešto niži, ali je nesporno

[26] Na normativnom planu, otvara se pitanje sadržaja i, naročito, pravovremenosti institucionalne reforme u slučaju zemalja na srednjem nivou razvijenosti. Prerano uvođenje institucija koje omogućavaju snažnu konkurenciju, dok se privredni rast još uvek zasniva na akumulaciji proizvodnih faktora i njihovim investicijama, može da izazove znatno usporavanje privrednog rasta. To se može reći i za prekasno uvođenje institucija koje omogućavaju snažnu konkurenciju. Ipak, čini se da prva od ove dve uočene greške ima manje negativne posledice, budući da je efekat pada investicija na privredni rast ublažen povećanjem efikasnosti do koje neminovno dovodi liberalizacija. Više o toj dilemi iz aspekta prava konkurencije i njegove primene u zemljama jugoistočne Evrope vid. u: Boris Begović, „Middle income convergence trap and the role of competition policy in SEE countries", *Competition Authorities in South Eastern Europe: Building Institutions in Emerging Markets* (eds. Boris Begović, Dušan Popović), Springer International Publisher, Heidelberg 2018b, 43–61.

[27] Vid. Alberto Alesina, Dani Rodrik, „Distributive politics and economic growth", *Quarterly Journal of Economics* 109(2)/1994, 465–490.

veoma visok nivo zaštite prihvatnih svojinskih prava od onih narušavanja koja predstavljaju kršenje zakona.[28] Shodno svemu navedenom, može se očekivati da je nivo ukupne zaštite privatnih svojinskih prava u najrazvijenijim zemljama nešto niži, gotovo u potpunosti usled rasprostranjenosti politike prisilne preraspodele dohotka od bogatih ka siromašnima i umanjenja ekonomske nejednakosti na taj način.[29]

Pitanje ekonomskih institucija koje omogućavaju efikasno pružanje javnog dobra jeste oblast istraživanja kojoj je dosad posvećeno relativno malo pažnje. Očigledno je da su te ekonomske institucije veoma blisko povezane sa političkim institucijama, onim pravilima igre kojima je uređen politički proces. Empirijska istraživanja, mada usmerena na celokupnu efikasnost javnog sektora, ne samo na pružanje javnog dobra, pokazala su znatne razlike u toj efikasnosti, iako su analizirane isključivo razlike između zemalja članica OECD-a, privredno i institucionalno najrazvijenijih zemalja sveta i u tom pogledu veoma homogenih.[30] Nažalost, zasad nema rezultata poređenja efikasnosti javnog sektora između zemalja OECD-a, s jedne strane, i ostalih, ne toliko razvijenih zemalja, s druge strane.

Shodno svemu navedenom, nezavisno od konceptualnog problema kontrolisanja efekata kulture na ekonomske ishode, teorijski posmatrano se ne može jednoznačno odrediti institucionalna granica, već očigledno postoji čitav niz tih granica, što zavisi od toga koja je specifična ekonomska institucija u pitanju. Odatle sledi otvoreno pitanje merenja institucionalne granice, odnosno njenog empirijskog istraživanja.

4. MERENJE INSTITUCIONALNE GRANICE

Osnovno metodološko pitanje u vezi sa merenjem institucionalne granice jeste da li se ta granica meri direktno ili indirektno. Direktno merenje pretpostavlja kvantifikovanje kvaliteta svake od ekonomskih institucija koje se uzimaju u razmatranje, to jest onih za koje se definiše institucionalna granica. Otuda slede pitanja izbora tih institucija i načina kvantifikacije njihovih odlika.

Jednu mogućnost je ponudilo istraživanje, odnosno godišnji izveštaj *Doing Business 2018*,[31] u kome se koristi 31 indikator da bi se opisa-

[28] Elementi empirijske potvrde tog nalaza mogu se naći u: James Gwartney *et al.*, *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*, Fraser Institute, Vancouver 2018.

[29] Više o evoluciji te državne politike od kraja XIX veka do savremenog doba vid. u: Vito Tanzi, *Termites of the State, Why Complexity Leads to Inequality*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

[30] Vid. Antonio Alfonso, Ludger Schuknecht, Vito Tanzi, „Public sector efficiency: An international comparison“, *Public Choice* 123/2005, 321–347.

[31] World Bank, *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs*, World Bank, Washington, DC 2018.

lo deset vrsta ekonomskih institucija kojima se formira poslovno okruženje u posmatranoj zemlji. Svaki od tih indikatora predstavlja pojedinačnu ekonomsku instituciju, odnosno neko specifično pravilo ponašanja definisano od izvršne ili zakonodavne vlasti u toj zemlji. Štaviše, za svaku pojedinačnu ekonomsku instituciju izveštaj eksplicitno meri „zaostajanje za institucionalnom granicom". Ipak, čini se da izbor indikatora, praktično ekonomskih institucija koje se razmatraju, nije baš najcelishodniji sa stanovišta teorijskih nalaza u pogledu institucionalne granice sa stanovišta privrednog rasta. Broj koraka koje treba preduzeti da bi se dobio priključak na električnu mrežu, na primer, svakako predstavlja određenu barijeru ulasku, ali je ipak, ukoliko se to izolovano posmatra, reč o trivijalnim informacijama. Stoga se uz izbor kakav nudi izveštaj *Doing Business 2018* može reći da pojedinačne institucionalne granice ipak ne zadovoljavaju osnovne kriterijume da bi se na tom nivou detaljno empirijski razmotrilo pitanje udaljenosti određene zemlje od institucionalne granice.

Naravno, taj problem se može rešiti formulisanjem kompozitne institucionalne granice, one koju bi činili svi pomenuti indikatori. Tu se javljaju tri problema: jedan je teorijski, o kome je više reči bilo u prethodnom poglavlju, drugi je konceptualni, a odnosi se način ponderisanja svakog od navedenih indikatora, dok je treći tehnički, budući da se pomenuti indikatori između sebe znatno razlikuju po načinu iskazivanja, pa treba pronaći odgovarajući mehanizam kojim će se formirati kompozitna institucionalna granica. Za rešavanje drugog i trećeg problema potrebne su arbitrarne odluke. Naravno, ovaj poslednji, tehnički problem može se rešiti prelaskom na sistem rangiranja, ali onda se više ne dobija udaljenost od granice već udaljenost ranga, što znatno umanjuje informacije koje se tom analizom dobijaju. Štaviše, ostaje otvoreno pitanje koliko bi i takva kompozitna institucionalna granica, sve da je i formulisana rešavanjem svih uočenih metodoloških problema, odgovarala onim ekonomskim institucijama za koje je teorijska analiza pokazala da su najbitnije sa stanovišta privrednog rasta. Osim toga, sve i da se navedeni problemi reše, na taj način se, pre svega, mere i vrednuju formalne institucije, dok se neformalne institucije na taj način ne vrednuju, bar ne u punoj meri. Naravno, opstaje i već uočeni konceptualni problem kontrolisanja dejstva kulture na ekonomske ishode.

Nešto bolje rezultate na tom planu pruža merenje ekonomskih sloboda koje godišnje sprovodi Frejzerov institut (*Fraser Institute*).[32] Reč je o tome da su ta merenja organizovana na način koji se može prikladno iskoristiti za iskazivanje pojedinih vrsta ekonomskih institucija koje su na teorijskom planu identifikovane kao ključne za privredni rast. Indikator „veličina države" jeste posredni indikator ekonomskih institucija koje omogućuju narušavanje svojinskih prava koje je u skladu sa zako-

[32] J. Gwartney *et al*.

nom. Indikator „pravni sistem i svojinska prava" predstavlja indikator ekonomskih institucija koje štite svojinska prava od njihovog zasnovanog na kršenju zakona. Dva indikatora, „sloboda međunarodne trgovine" i „regulacija tržišta" predstavljaju indikatore onih ekonomskih institucija koje omogućavaju slobodnu konkurenciju i, bar u određenoj meri, slobodu ulaska novih konkurenata. Stoga se čini da su ti indikatori daleko pogodniji za direktno merenje institucionalne granice nego prethodni koje je ponudio izveštaj *Doing Business 2018*. Ipak, zasad ti indikatori nisu korišćeni za merenje institucionalne granice.

Institucionalna granica, barem načelno posmatrano, može da se meri i posredno. Za to može da posluži ukupna faktorska produktivnost, budući da postoji snažna veza između institucionalne granice i te veličine. Može se pretpostaviti da zemlja koja se nalazi na institucionalnoj granici ima najvišu ukupnu faktorsku produktivnost jer je maksimizovala ekonomsku efikasnost i omogućila najbrži tempo tehnološkog progresa, bez obzira na to da li je on zasnovan na sopstvenim istraživanjima i razvoju ili na tehnološkom transferu i brzom prihvatanju najnovije tehnologije. Međutim, ponovo se javlja problem kontrole dejstva kulture na ekonomske ishode, pa se može alternativno pretpostaviti da zemlja koja ima najvišu ukupnu faktorsku produktivnost raspolaže optimalnom kombinacijom ekonomskih institucija i kulture. Nadalje, iz drugog ugla posmatrano, opravdano je zaključiti da je ukupna faktorska produktivnost mera udaljenosti od granice dostupne tehnologije, odnosno da je maksimalna zabeležena ukupna faktorska produktivnost indikator da se zemlja nalazi na samoj granici dostupne tehnologije.[33] Štaviše, pokazalo se da relativni nivo ukupne faktorske produktivnosti između zemalja varira i od grane do grane. Dok jedna zemlja beleži najviši nivo ukupne faktorske produktivnosti u jednoj grani, u nekoj drugoj grani taj nivo beleži neka druga zemlja. Upravo se to pokazalo u empirijskom istraživanju u kome je produktivnost rada korišćena kao posredni indikator ukupne faktorske produktivnosti.[34] Očigledno je da indirektno merenje institucionalne granice ne samo da ne predstavlja odgovarajuću zamenu za njeno direktno merenje već se tim pristupom otvaraju novi konceptualni i metodološki problemi.

---

[33] Ta analiza se zasniva na implicitnoj pretpostavci da je efikasnost maksimizovana u slučaju svih zemalja, pa su stoga razlike u ukupnoj faktorskoj produktivnosti između zemalja posledica isključivo razlika u primenjenoj tehnologiji.

[34] To je, usled problema u merenju kapitala i njegovom uporedivom praćenju po zemljama, uobičajen način posrednog merenja ukupne faktorske produktivnosti između različitih zemalja. Time se, međutim, otvara pitanje nivoa ljudskog kapitala, odnosno uticaja koji nivo ljudskog kapitala ima na produktivnost, nezavisno od tehnologije koja se primenjuje, odnosno od nivoa efikasnosti koji je postignut. Vid. Philippe Aghion, Alberto Alesina, Francesco Trebbi, „Democracy, Technology, and Growth", *Institutions and Economic Performance* (ed. Elhanan Helpman), Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2008, 511–543.

5. ZAKLJUČAK

Razmatranje koncepcije institucionalne granice u istraživanju privrednog rasta otvara mogućnost boljeg razumevanja tog procesa, i privrednog rasta koji se zasniva na akumulaciji proizvodnih faktora i onog koji se zasniva na rastu ukupne faktorske produktivnosti. Značajan nalaz ovog razmatranja je da, sa stanovišta privrednog rasta, ne postoji najbolji skup ekonomskih institucija, onaj koji maksimizuje stopu privrednog rasta, već se taj skup menja zavisno od nivoa razvijenosti, a to znači od vrste privrednog rasta koji se beleži. Niži nivoi privredne razvijenosti i akumulacija proizvodnih faktora kao izvor rasta zahtevaju bolju zaštitu privatnih svojinskih prava i, verovatno, niži stepen konkurencije, dok za zemlje na visokom nivou razvijenosti presudnu važnost imaju visok stepen konkurencije i sloboda ulazaka novih konkurenata.

Definisanje institucionalne granice ukazalo je na još jedan problem koji je neminovan ukoliko se prihvati pristup u kome postoji samo jedno fundamentalno objašnjenje privrednog rasta. Budući da se nedvosmisleno pokazalo da na privredni rast, odnosno, šire posmatrano, na ekonomske ishode značajno deluje kultura, onda u analizi treba kontrolisati njeno dejstvo, što koncepcija institucionalne granice ne omogućava jer se zasniva na implicitnoj pretpostavci da su jedino institucije fundamentalno objašnjenje privrednog rasta.

Nezavisno od toga, pokazalo se da postoje znatni problemi da se institucionalna granica jednoznačno definiše i vrlo je verovatno da se izlaz iz toga mora tražiti u više institucionalnih granica – svaka od njih prema posebnoj grupi ekonomskih institucija. Time se dodatno umanjuje analitički domet koncepcije institucionalne granice.

Merenje te granice donosi nove probleme, mada otvara i moguća, doduše, ne jednoznačna rešenja. Izgleda da se tim metodološkim problemima dalje umanjuju analitički dometi koncepcije institucionalne granice, pa se može postaviti pitanje da li postoji opravdan razlog da se nastavi sa tim istraživanjima, i na teorijskom i na empirijskom planu.

U odgovoru na to pitanje treba voditi računa da su istraživanja analitičkih dometa koncepcije institucionalne granice omogućila bolje i jasnije sagledavanje faktora privrednog rasta i razumevanje mehanizama njihovog delovanja. Kada se u sve to uključi i kategorija ljudskog kapitala, budući da je to jedan od najznačajnijih faktora tehnološkog progresa, bez obzira na to da li je u pitanju istraživanje i razvoj ili transfer, odnosno prihvatanje nove tehnologije, takva razmatranja mogu da postanu samo još značajnija. Prema svemu sudeći, analitički dometi koncepcije institucionalne granice nisu veliki, ali je njihovo istraživanje donelo brojne uzgredne, nenameravane koristi u pogledu razumevanja mehanizama privrednog rasta. Očigledno je da složenost fenomena privrednog rasta dovodi do ponekad neočekivanih rezultata njegovog istraživanja.

LITERATURA (REFERENCES)

Acemoglu, D., Johnson, S., Robinson, J. A., „Institutions as a fundamental cause of long-run growth“, *Handbook of Economic Growth, Volume 1A* (eds. P. Aghion, S. N. Durlauf), North Holland, Amsterdam 2005.

Acemoglu, D., Aghion, Ph., Zilibotti, F., „Distance to frontier, selection and economic growth“, *Journal of European Economic Association* 4(1)/2006.

Acemoglu, D., Robinson, J., *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile Books, London 2012.

Aghion, Ph., Howitt, P. W., „A model of growth through creative destruction“, *Econometrica* 60/1992.

Aghion, Ph., Alesina, A., Trebbi, F., „Democracy, Technology, and Growth“, *Institutions and Economic Performance* (ed. E. Helpman), Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2008.

Alesina, A., Giuliano, P., „Culture and institutions“, *Journal of Economic Literature* 53(4)/2015.

Alesina, A., Rodrik, D., „Distributive politics and economic growth“, *Quarterly Journal of Economics* 109(2)/1994.

Alfonso, A., Schuknecht, L., Tanzi, V., „Public sector efficiency: An international comparison“, *Public Choice* 123/2005.

Allen, D., Berg, C., „Subjective political economy“, *New Perspectives on Political Economy* 13/2017.

Barro, R., Sala-i-Martin, X., *Economic Growth*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 2005[2].

Begović, B., *Institucionalni aspekti privrednog rasta*, Službeni glasnik – Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2011.

Begović, B., „Middle income convergence trap and the role of competition policy in SEE countries“, *Competition Authorities in South Eastern Europe: Building Institutions in Emerging Markets* (eds. B. Begović, D. Popović), Springer International Publisher, Heidelberg 2018.

Begović, B., „Institutions or Culture: Alternative or Complementary Explanations of Economic Growth?“, Keynote lecture at the *EMB 2018 International Conference*, Kragujevac 9th November, 2018.

Beugelsdijk, S., Maseland, R., *Culture in Economics: History, Methodological Reflections, and Contemporary Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

Davis, L. S., „Institutional flexibility and economic growth“, *Journal of Comparative Economics* 38(3)/2010.

Djankov, S. *et al.*, „The new comparative economics“, *Journal of Comparative Economics* 31(3)/2003.

Giuso, L., Sapienza, P., Zingales, L., „Does culture affects economic outcomes“, *Journal of Economic Perspectives* 20(2)/2006.

Gwartney, J. *et al.*, *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*, Fraser Institute, Vancouver 2018.

Hall, R. E., Jones, Ch. I., „Why do some countries produce so much more output per worker than others?“, *Quarterly Journal of Economics* 109(1)/1999.

Kirkland, J. (ed.), *Barriers to International Technology Transfer*, Kluwer Academic, Dordrecht 1996.

Lucas, R., „Why doesn't capital flow from rich to poor countries“, *American Economic Review* 80(1)/1990.

Mokyr, J., *A Culture of Growth: The Origins of the Modern Economy*, Princeton University Press, Princeton 2017.

North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.

Romer, P. M., „Endogenous technological change“, *Journal of Political Economy* 98/1990.

Scully, G. W., „The institutional framework and economic development“, *Journal of Political Economy* 96/1988.

Solow, R. M., „A contribution to the theory of economic growth“, *Quarterly Journal of Economics* 70/1956.

Tanzi, V., *Termites of the State, Why Complexity Leads to Inequality*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

Viscusi, W. K., Vernon, J. M., Harrington, J. E., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1995[2].

Weil, D. N., *Economic Growth*, New York 2009[2].

Williams, C. R., „Informal institutions rule: institutional arrangements and economic performance“, *Public Choice* 139(2)/2009.

World Bank, *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs*, World Bank, Washington, DC 2018.

Boris Begović, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONCEPT OF INSTITUTIONAL FRONTIER AND ITS ANALYTICAL CAPACITY IN EXPLORATION OF ECONOMIC GROWTH

Summary

The goal of the paper is to explore the concept of institutional frontier and examine its analytical capacity in considerations of economic growth. There is no unequivocal answer to the question of the best economic institutions for economic growth as the answer depends on the level of development. The concept of institutional frontier cannot resolve the problem of control of influence of culture on economic outcomes, as it is evident that culture is, together with institutions, a significant factor of economic growth. It is demonstrated that specifying a single institutional frontier is not desirable; instead this should be done at the level of the economic institutions themselves or their groups. Measuring the institutional frontier is linked to substantial methodological challenges. The analytical capacity of the institutional frontier concept is rather limited, but its exploration provided numerous unintentional side benefits related to the understanding the mechanics of economic growth.

Key words: *Economic growth. – Institutional frontier. – Efficiency frontier. – Technology frontier. – Culture. – Economic freedom.*

Article history:
Received: 16. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

UDK 342(497.5)"1941/1943"; 94(497.5)"1941/1943"

CERIF: S148, H300, S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901117Z

Dr Miloš Zdravković*

USTAVNOPRAVNI TEMELJI NEZAVISNE DRŽAVE HRVATSKE

Kada je uz pomoć Nemačke i Italije formirana Nezavisna Država Hrvatska (NDH), na čelo te države došao je ustaški pokret koji je dotle delovao mahom u emigraciji. U radu se dokazuje da je, u periodu od 1941. do 1943. godine, NDH posedovala potrebne elemente državnosti: teritoriju, stanovništvo i državnu vlast. Državna vlast je organizovana prema modelu ustaške organizacije, na čelu s poglavnikom, koji je raspolagao svim diktatorskim ovlašćenjima. Iako u NDH, kao ni u nacističkoj Nemačkoj, nikada nije donet ustav, efikasnost delovanja organa te vlasti i potrebna podrška dovoljnog dela stanovništva svedoče da je u NDH ipak postojao ustav u njegovom materijalnom smislu. Osnovi funkcionisanja ustaške države i njen identitet utvrđeni su nekodifikovanim ustavom, koji su činili: Ustav Ustaše – hrvatskog oslobodilačkog pokreta iz 1929, Načela ustaškog pokreta iz 1933, s dopunama iz 1941. godine, kao i određenim zakonima ustavnopravnog značaja donetim po formiranju NDH.

Ključne reči: *Nezavisna Država Hrvatska. – Ustav. – Organizacija vlasti. – Legitimitet.*

1. UVOD

Nezavisna Država Hrvatska, koja je postojala od aprila 1941. do maja 1945. godine, nesporan je istorijski fenomen. Iako u istoriografiji i danas postoje mnoga nesaglasja o određenim istorijskim činjenicama u vezi sa NDH, gotovo svi relevantni istoričari se slažu o njenim glavnim odrednicama. Da su NDH stvorile Sile osovine, pre svih nacistička

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs*.

Nemačka, s kojom je na kraju zajedno propala, da je u njoj instaliran ustaški režim koji je imao fašistički karakter, da je taj režim sistematski sprovodio plan etnički čiste Hrvatske i u tu svrhu organizovao sistem logora smrti, da su klerikalni krugovi Katoličke crkve pružali kontinuiranu podršku tom režimu, jesu konstatacije koje ozbiljan istraživač ne može, a i ne sme da stavi pod znak pitanja. Uz postojanje nepreglednog mnoštva istorijskih dokaza, osporiti te navode o NDH značilo bi isto što i tvrditi da je Zemlja ravna ploča.

Zbog čega se onda često vode veoma žučne rasprave o karakteru NDH, zbog čega i dalje postoje apologete ustaškog režima, zbog čega se čitavom hrvatskom narodu prišiva epitet genocidnog, zbog čega su istoričari tako udaljeni u proceni broja žrtava stradalih pod vlašću NDH? Razloge treba potražiti u politizovanom i ideologizovanom sagledavanju istorijskih činjenica ili, pak, njihovom negiranju. Takva interpretacija istorijskih događaja posledica je, između ostalog, nacionalističke ideologije kojoj mnogi autori ne mogu da odole i koja ih sprečava da svoje stavove potkrepe relevantnim argumentima i uzdignu ih na naučni nivo.[1] Nenaučni ili kvazinaučni pristup tako osetljivoj temi posebno je opasan.[2] Odatle dolazi potreba da se diskurs o fenomenu NDH postavi u naučne i akademske okvire.

U tom pogledu, veliki izazov predstavlja određivanje karaktera Nezavisne Države Hrvatske. Iz pravnoteorijske vizure dva pitanja se postavljaju kao ključna, a to su: da li je NDH bila država i da li je za vreme njenog postojanja na njenoj teritoriji važio pravni poredak ili je vladao poredak sile. Bez odgovora na ta dva pitanja nemoguće je ispravno odrediti ustavnopravne temelje NDH. Razume se da se u okviru jednog članka ova pitanja ne mogu raspraviti, te će se posegnuti za rezultatima najnovijih istraživanja na osnovu kojih će biti postavljen okvir za analizu problema ustavnosti NDH. U tom okviru, za svrhu ove analize, potražiće se odgovori na nekoliko ključnih pitanja, a to su pitanja ustavnih akata NDH, njene državne organizacije, oblika državne vlasti i njenog legitimiteta, na osnovu kojih će se u zaključnim razmatranjima izneti argumentacija u prilog teze da je u NDH ipak postojao nekodifikovani, meki ustav, barem u prvoj polovini njenog postojanja. No prethodno treba odrediti pojam ustava.

---

[1] Često je dovoljno zanemariti izvesne manje jezičke razlike da bi se pripadnost autora sa jugoslovenskog prostora preciznije odredila samo na osnovu značenja njihovih reči, na primer, ako autor svoje monografsko delo o Jasenovcu naslovi *Radni logor Jasenovac*, verovatno je da dolazi iz Hrvatske.

[2] „Jer za intelektualce ovoga veka, ovog našeg doba, postoji samo jedan ispit savesti, postoje samo dva predmeta iz kojih se pada ne na godinu, nego zbog kojih se gubi pravo (moralnog) glasa jednom za uvek: fašizam i staljinizam. Sve ostalo su trice i kučine.“ Danilo Kiš, *Homo poeticus*, Globus, Zagreb 1983, 16.

2. POJAM USTAVA

Danas se ustav u svom žarišnom značenju uobičajeno definiše kao pravni akt najveće pravne snage kojim se određuju organizacija i delatnost najviših državnih organa, uređuju osnovni društveno-ekonomski i politički odnosi i proklamuju i štite osnovna prava i slobode pojedinaca i kolektiviteta.[3] Etimološki posmatrano, već i sama reč ustav ukazuje na njegove osnovne osobine: *ustanovljavanje* državne vlasti, ali, istovremeno, i njeno *(za)ustavljanje* prema pravima i slobodama pojedinaca.[4]

Kao i svaki drugi pravni akt, tako i ustav ima svoju formu i svoju sadržinu, što se, uostalom, iz prethodne definicije ustava može lako zaključiti. U formalnom pogledu, ustav je pisani akt najveće pravne snage, koji donosi poseban ustavotvorni organ ili redovni zakonodavni organ prema posebnom postupku. U formalnom smislu, ustav se javlja tek krajem 18. veka. Kao posledica krupnih društvenih promena u zapadnom svetu koje su vrhunac doživele tokom Francuske buržoaske revolucije, doneti su prvi ustavi, Ustav SAD (1787), a nekoliko godina kasnije i Ustav Francuske (1791). Do tog trenutka, države su, kao političke zajednice, bile organizovane ustavima u materijalnom smislu.[5] Potreba da se najvažnija pravila ili osnovni zakon formalizuju posebnim aktom u svečanoj formi koji bi garantovao njegovu trajnost, nastala je kao izraz buržoaske borbe protiv monarhovog apsolutizma, te je ustav „shvatan kao uslov demokratije".[6]

Određivanje ustava u formalnom smislu implicira stupnjevitost pravnog sistema u kojem postoje norme veće i manje pravne snage koje se međusobno nalaze u hijerarhijskom odnosu. To je pitanje sistemskog važenja pravnih normi, pri čemu norme niže pravne snage crpe svoje važenje iz normi više pravne snage. Tako, na primer, rešenje upravnog organa kao pojedinačni pravni akt važi zato što je doneto na osnovu uredbe vlade, koja opet važi jer je doneta na osnovu zakona, a zakon na osnovu ustava. Ako bi se pravni sistem zamislio kao piramida, na vrhu te piramide nalazio bi se ustav, iz koga sve druge norme konkretnog pravnog sistema crpe svoje važenje. Naravno, nameće se pitanje na osnovu čega

3 Vid. Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 38; Radomir Lukić, Budimir Košutić, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik, Beograd 2007, 161; Radmila Vasić, Miodrag Jovanović, Goran Dajović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 266; Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 191.

4 Dragan Mitrović, *Teorija države i prava*, Dosije studio, Beograd 2010, 407.

5 Još je Aristotel sa svojim učenicima pristupio izučavanju polisa kao političkih zajednica i odredio pojam politeje (πολιτεία), koji bi uslovno odgovarao savremenom pojmu ustava u materijalnom smislu. Vid. Aristotel, *Ustav atinski*, Plato, Beograd 1997.

6 Miodrag Jovičić, *Zakon i zakonitost*, Radnička štampa, Beograd 1977, 44–45.

važi ustav. Aktuelni ustav koji konstituiše celokupan pravni sistem svoje važenje crpi iz prethodnog ustava, ako je donet na način koji je predviđen tim ustavom. Tim putem unazad stiže se do prvog ustava koji može biti prvi i u istorijskom pogledu, pod uslovom da je svaki sledeći donet na način koji određuje prethodni. U slučaju da se ta linija pokida, to jest da se donese ustav suprotno pravilima prethodnog, posredi je svojevrsna pravna revolucija i tada tako donet ustav postaje prvi.[7]

S druge strane, u pravnoj nauci ne postoji potpuna saglasnost šta je ustav u materijalnom smislu. Razlozi su višestruki, a ovde će se pomenuti dva najvažnija. Prvi problem je pravnoteorijske prirode, budući da je konceptualno teško napraviti razliku između ustava i zakona u sadržinskom pogledu. U oba slučaja, reč je o pravnim aktima koji sadrže opšta pravna pravila kojima se utvrđuju ovlašćenja i obaveze pravnih subjekata i uređuje organizacija vlasti u državi, što znači da je njihova priroda ista, odnosno da je ustav jedna vrsta zakona. Zbog toga se ustav često naziva još i osnovni zakon, što je, na primer, i zvanični naziv nemačkog ustava (Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke). Ipak, u čistom pravnopozitivističkom pogledu, tu razliku je precizno ocrtao Kelzen (Kelsen). Njegovo određenje ustava u materijalnom smislu sasvim je redukovano i odnosi se na stvaranje opštih pravnih normi, to jest na zakonodavstvo. Prema njegovom mišljenju, ustavom se reguliše zakonodavstvo određivanjem „organa ili organā koji su ovlašćeni za stvaranje opštih pravnih normi – zakona i uredaba“ ili, što izlazi na isto, ustav je u materijalnom smislu „pozitivna norma ili pozitivne norme kojima se reguliše stvaranje opštih pravnih normi“.[8] Razlikovanje ustava u formalnom i materijalnom smislu Kelzen je jednostavno izveo – sve ustavne odredbe kojima se ne reguliše zakonodavstvo, to jest stvaranje opštih pravnih normi, i koje se po pravilu odnose na druge, politički veoma važne predmete, kao i „odredbe po kojima se norme sadržane u tom dokumentu [ustavu] ne mogu ukidati ili menjati kao obični zakoni, već samo pod otežanim uslovima i u posebnom postupku“, predstavljaju ustav u formalnom smislu. Kelzen smatra da ustavna forma, baš kao i zakonska, „može primiti bilo koju sadržinu koja u prvom redu služi stabilizaciji normi koje se ovde označavaju kao materijalni ustav i koje su pozitivnopravna osnova celokupnog državnog pravnog poretka“.[9] Slobodan Jovanović je otišao još dalje označavajući razliku između ustava i zakona isključivo kao formalnu, a ne sadržinsku, pošto i ustav i zakoni sadrže opšte pravne norme. Ako bi zakonodavac želeo da obezbedi stalnost nekih najvažnijih zakonskih normi u vremenu

[7] Na osnovu čega važi prvi ustav – predstavlja jedno od najznačajnijih pravnoteorijskih pitanja na koje najveći autoriteti u oblasti teorije prava daju različite odgovore. Vid. Goran Dajović, *Pravna obaveznost i važenje prava*, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008.

[8] Hans Kelzen, *Čista teorija prava*, Gutenbergova štamparija, Beograd 2000^2, 179.

[9] *Ibid.*

u smislu da se ne mogu menjati redovnim putem kao ostali zakoni, to može postići jedino ako bi ih doneo u nekoj drugoj formi, a ne zakonskoj. Ta druga forma se osigurava komplikovanijom procedurom u kojoj ih donosi redovni organ ili više njih (na primer, zahtevom za kvalifikovanom većinom) ili se u tu svrhu formiraju naročiti organi (na primer, ustavotvorna skupština). Jovanović smatra da u pravnim sistemima koji ne poznaju posebnu ustavnu formu ustav, strogo uzev, ni ne postoji.[10] Ipak, čini se da je svođenje razlike između ustava i zakona samo na formalni nivo preterano, budući da se na osnovu nje ne može objasniti nadležnost zakonodavnog organa. Bez ustavne norme koja bi sadržinski određivala nadležnost i postupak donošenja zakona, upitno bi bilo na osnovu čega zakonske norme važe. U tom slučaju, ustanovljenje nadležnosti konkretnog organa ili konkretnih organa za donošenje opštih pravnih pravila bilo bi faktičko pitanje iako ono to nije.

Drugi problem je metodološke prirode. Naime, bez obzira na istovetnost, to jest opštost normi koje se nalaze u ustavu i zakonima, smatra se da ustav, kao osnovni zakon, za razliku od drugih, ima značajniji predmet regulisanja. U nauci ustavnog prava taj predmet je označen kao materija, sadržina ustava (*materia constitutionis*), koja se može podeliti na dve grupe pitanja, državnu vlast, kao prvu, i društvo i njegove pripadnike, odnosno građane, kao drugu. Dakle, ustavom se u materijalnom smislu određuju organizacija i delatnost najviših državnih organa, uređuju osnovni društveno-ekonomski i politički odnosi i proklamuju i štite osnovna prava i slobode pojedinaca i kolektiviteta. Već takvo uobičajeno određenje ustavne materije[11] implicira da se u fokusu predmeta proučavanja nalaze ustavi liberalnodemokratskih država. No, organizacija vlasti postoji i postojala je u svim državama jer za postojanje države organizovanje najviše političke vlasti predstavlja neophodan uslov. Isto tako, u mnogim državama koje nisu demokratske i građanske, poput fašističkih, diktatorskih ili komunističkih, ne postoje ili nisu postojale garancije ličnih i kolektivnih sloboda. Očigledno je da su primeri organizovanja mnogih država manje ili više udaljeni od jezgra pojma ustava, kako se

---

[10] Slobodan Jovanović, *O državi – osnovi jedne pravne teorije*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922, 230–232. Jovanović kao dodatni argument ističe sledeći zamišljeni primer: „Međutim između zakona, upravne naredbe, sudske presude ostala bi uvek jedna razlika, baš da se svi ti akti vlasti stave u nadležnost istih organa, koji bi ih po istom postupku vršili (jedna čisto teorijska mogućnost, najpribližnije ostvarena u apsolutnoj monarhiji). Ti bi se akti uvek razlikovali jedan od drugog, ako ne drugačije, a ono svojom sadržinom, – u materijalnom smislu, ako ne u formalnom.“

[11] U ranijoj domaćoj literaturi, pojam ustava u materijalnom smislu je shvatan nešto uže, što je i razumljivo ako se u vidu ima političko-društveni poredak u kome su naši autori stvarali. Tako, Lukić smatra da ustav u materijalnom smislu čine „samo one pravne norme koje određuju organizaciju najviših organa vlasti i načela celokupnog pravnog poretka i državne organizacije“. Radomir Lukić, *Teorija države i prava*, Savremena administracija, Beograd 1987, 113. Isto i u Miodrag Jovičić, 44–45.

on uobičajeno shvata. Ipak, takve države jesu realnost, one su postojale, postoje (a verovatno je da će i postojati). Metodološki je neopravdano redukovati predmet proučavanja samo na uređenje onih država čiji se ustavi nalaze u jezgru pojma, a ostale, iako realne, postojeće, isključiti, jer „njihova eventualna kritika može uslediti tek posle njihovog proučavanja“.[12]

Sve do sad rečeno odnosi se na normativni pojam ustava, to jest na ustav kao skup najviših i najvažnijih normi jednog pravnog sistema. Osim normativnog određenja, pojam ustava se može odrediti i drukčije: politički i sociološki. U političkom smislu „ustav postoji kad je onemogućena subjektivnost, samovolja i zloupotreba nosilaca državne vlasti. Ustav je akt institucionalizacije i objektivizacije vršenja državne vlasti.“[13] Politički pojam ustava upravo označava vladavinu prava, umesto vladavine čoveka, jer isključuje ličnu volju vladajućih kao najvišu i pretpostavlja apstraktnu volju objektivnog prava. U centru političkog pojma ustava nalaze se podela vlasti te racionalan metod ustavnih promena, priznavanje i zaštita sloboda i prava pojedinaca.[14] S druge strane, sociološki pojam ustava izgrađen je u sociološkopravnim teorijama čija je osnovna preokupacija odnos između prava i društva, to jest njihov međusobni uticaj.[15] U najkraćem, u toj grupi teorija povlači se razlika između *stvarnog* ustava, kao izraza realnih društvenih sila i odnosa koje deluju u okviru države kao političke zajednice, i *pisanog* ustava koji može, ali i ne mora biti izraz tih odnosa. Drugim rečima, ustavom se može predvideti demokratsko ustrojstvo države ili garantovati prava i slobode građana a da realni odnosi u društvu ne odgovaraju ustavnim deklaracijama, koje onda predstavljaju samo fasadu iza koje se krije autokratski poredak. Kao ubedljiv primer može poslužiti Ustav SSSR-a iz 1936. godine, čije su norme predviđale demokratsko uređenje države i zaštitu osnovnih ličnih prava i sloboda, dok je društvena stvarnost, naročito u vreme njegovog donošenja, kada je započet masovni talas progona i čistki, pokazivala svu brutalnost totalitarnog terora i nije imala nikakve veze s proglašenim ustavnim normama.[16]

Sociološki pristup je poželjan iz još jednog razloga – sociologija raspolaže metodama kojima se najbolje objašnjava svojevrsna dualna priroda ustava, pošto ustav nije samo pravni već i politički akt. Za razliku od drugih pravnih akata koji svoje važenje crpe iz viših, ustav, preciznije, prvi ustav svoje važenje ne može, formalnopravno, izvesti iz nekog

[12] R. Marković, 18.

[13] *Ibid.*, 38

[14] *Ibid.*, 39.

[15] Vid. Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2006, 15 i dalje.

[16] Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001, 184.

drugog, višeg pravnog akta. Ako se napusti polje pravne teorije u kojem različiti autori različito objašnjavaju važenje prvog ustava, nema spora da ustavne norme važe ako se efikasno primenjuju, ako su delotvorne. Da bi bile delotvorne, one moraju biti prihvaćene, pre svih od najvažnijih državnih službenika, ali i od drugih važnih političkih i ekonomskih subjekata, kao i od naroda koji pod tim ustavom živi.[17] Zbog toga su tekstovi ustavnih dokumenata uvek pisani posebnim jezikom i u estetskom pogledu bitno odstupaju od redovnog pravničkog stila. U preambuli ustava, koja najčešće prethodi normativnom delu teksta,[18] pisci ustava se pozivaju na svetle tradicije, zajedničko poreklo naroda, uzvišene ciljeve itd., što nije ništa drugo do obezbeđivanje široke podrške konkretnom ustavu. Tako ustav, da bi bio delotvoran, treba da izražava određeni kvantum osnovnih zajedničkih vrednosti u društvu, da bude presek glavnih politika i interesa jednog društva i države. Kako je pitanje poštovanja i delotvorne primene ustavnih pravila ključno za shvatanje problema ustavnosti NDH, u zaključnim razmatranjima će mu biti posvećena dodatna pažnja.

Osim različitih određenja pojma ustava, postoje i njihove različite vrste. Za ostatak analize koja sledi, na ovom mestu bi valjalo, između nekoliko klasičnih podela ustava, istaći samo dve – podelu ustava na kodifikovane i nekodifikovane, kao i na čvrste i meke. Kodifikovani su oni formalni ustavi koji su doneti u jednom pravnom aktu i skoro sve današnje države imaju upravo kodifikovani ustav. Za razliku od kodifikovanih, nekodifikovani ustavi su izraženi u više različitih akata ustavnog karaktera. S druge strane, podela na čvrste i meke ustave vrši se prema načinu promene ustava. Ako je za promenu ustava predviđen teži postupak nego za promenu zakona, reč je o tvrdom ustavu, ali ako je postupak isti, u pitanju je meki ustav.[19] No bez obzira na formalnu identičnost sa zakonima, „u suštini i meki i nepisani ustavi prave razliku između običnih i ustavnih pravila (normi) od kojih se sastoje".[20]

3. FORMIRANJE NDH

Kada je u Beogradu 27. marta izvršen vojni puč kao posledica pristupanja Jugoslavije Trojnom paktu, u Berlinu je doneta odluka o rasparčavanju Jugoslavije i bombardovanju njene prestonice. Po izbijanju rata 6. aprila 1941. godine, okupatorske trupe su za desetak dana zauzele

[17] D. Galligan.

[18] Preambula, kao svojevrstan uvod u ustav ili njegov predgovor, može da prethodi naslovu ustava ili da sledi ispod naslova ustava, ali uvek prethodi normama ustava. R. Marković, 42.

[19] I. Visković, 183.

[20] R. Marković, 50.

celokupan prostor Kraljevine Jugoslavije. Teritorija Jugoslavije podeljena je na više delova koji su imali različite statuse, a najveći od njih zauzela je NDH (približno dve petine ukupne likvidacione mase Jugoslavije). Prvobitna zamisao okupatora bila je da se na čelo nove hrvatske države postave Vlatko Maček i njegova Hrvatska seljačka stranka (HSS).[21] Motiv za takvu odluku ležao je u činjenici da je Maček bio najpopularniji hrvatski političar, a HSS pokret koji je masovno okupljao seosko stanovništvo.[22] Ipak, Maček je odbio da se stavi na raspolaganje Nemcima i postane dominantna figura u novoj državi budući da on u samoj suštini svog političkog bića nije bio fašista, štaviše, izgleda da je Maček veoma dobro znao šta je fašizam te se do 1941. godine distancirao od takve političke ideologije. Mačekova odluka poremetila je prvobitne planove te je između nemačke i italijanske strane dogovoreno da se na čelo nove države postave Ante Pavelić i njegova ustaška organizacija, koji su dotle uživali skromnu podršku hrvatskog naroda.[23] Tako je već 10. aprila i zvanično bila proglašena NDH s ustaškim pokretom na njenom čelu. Sama ratna dejstva bila su kratkotrajna i bez prevelikih ljudskih žrtava, a prvih dana po proglašenju NDH skoro da nije bilo nekog značajnijeg bezvlašća ili masovnijeg oružanog otpora. Nove vlasti su odmah preuzele institucije Banovine Hrvatske i u novim okolnostima nastavile rad, dok je najveći broj zakona nekadašnje Jugoslavije ostao isti i sve do kraja postojanja NDH nije se menjao.

Čime se može objasniti ovako jednostavno formiranje nove hrvatske države, bez obzira na to što se na njenom čelu nije našao Maček već Pavelić? Najvažniji razlog treba potražiti u višedecenijskoj želji hrvatskog političkog vođstva za ostvarenjem ideje hrvatske nezavisnosti. Podrška koju je ta ideja uživala bila je suprotno proporcionalna podršci ideji zajedničke države jugoslovenskih naroda. Ratne okolnosti su ideju o hrvatskoj nezavisnosti učinile mogućom, čak brzo sprovodljivom, te se u samom narodu javilo uverenje da će se lako ostvariti vekovne težnje

[21] U suštini, NDH je nastala kao posledica određenog kompromisa između Nemačke i Italije. Tako je, na sastanku u hotelu „Imperijal“ u Beču, nemački ministar Fon Ribentrop svom italijanskom kolegi grofu Ćanu saopštio Hitlerov stav: „(Njemačka je) zainteresirana samo za održavanje mira na tom prostoru kao i za uspostavljanje jednog poretka koji će mladoj hrvatskoj državi omogućiti proizvodnju na svim sektorima, što će u razmjeni dobara biti od koristi svim zemljama koje budu s njom prijateljski surađivale.“ Ivan Košutić, *Rađanje, život i umiranje jedne države – 49 mjeseci NDH*, Stručna i poslovna knjiga, Zagreb 1997, 71.

[22] Na izborima održanim 1938. godine Mačekova lista pod nazivom „Blok“, koju su činile Seljačko-demokratska koalicija u savezu sa opozicijom u Srbiji (Udružena opozicija), na teritoriji Hrvatske osvojila je oko 80% svih glasova, uprkos tome što je glasanje bilo javno. Ivo Goldstein, *Hrvatska povjest*, Novi Liber, Zagreb 2013, 296.

[23] „Ustaški pokret, koji je od fašističkih vodećih sila Nemačke i Italije posle nasilnog raspada Kraljevine Jugoslavije u aprilu 1941. dobio ovlašćenja da vlada, pre toga je predstavljao politički beznačajnu pojavu.“ Ladislaus Hori, Martin Broscat, *Ustaška država Hrvatska*, DBR International Publishing, Beograd 1994, 13.

Hrvata. Podrška koju je ideja o stvaranju sopstvene države u tom trenutku uživala kod hrvatskog vođstva i naroda predstavlja osnov iz koga je nova ustaška vlast derivirala svoj legitimitet. Takođe, ustaše su uživale vojnu podršku Nemačke, institucionalnu podršku Katoličke crkve[24] te, inicijalno, i podršku najvažnijih hrvatskih političkih činilaca.[25] To su, dakle, bila tri stuba na koje je bila oslonjena ustaška vlast novoformirane Nezavisne Države Hrvatske.

Nameće se pitanje kako proceniti karakter te tvorevine nastale rasparčavanjem Jugoslavije od okupatora, da li je reč o državi ili pak o nekom drugom entitetu. U posleratnoj jugoslovenskoj literaturi, na pitanje o državnosti NDH moguće je pronaći samo jedan odgovor – NDH nije bila država. Jedinstven stav domaćih autora verovatno je bio dirigovan i izvesnim razlozima tadašnje državne politike, mada su argumenti kojima su istoričari i pravnici podupirali svoju tvrdnju manje ili više različiti.[26] I danas postoje priznati autori koji osporavaju državnost NDH,[27] ali, kao i u ranijoj literaturi, izostaje adekvatan ili snažnije argumentovan odgovor na pitanje šta je NDH bila, ako nije bila država. Istina, pravnička logika kao da odbija ideju o NDH kao državi, što nije neobično, jer je po mnogim svojim svojstvima NDH predstavljala upravo poništavanje razloga ili svrhe države. Ako se po strani ostave liberalnodemokratska načela kojima se danas deklarišu mnoge države, a koja se zaista ostvaruju samo u nekima od njih, problem državnosti NDH može se sagledati na osnovu elemenata koje država treba da poseduje da bi se uopšte moglo govoriti o

[24] Na primer, u listu *Katolički tjednik*, koji je izlazio u Sarajevu pod nadzorom nadbiskupa Šarića, u broju od 11. maja 1941. godine piše: „Nad našom novom, mladom i slobodnom Hrvatskom ukazao se na nebu znak kao slika devičanske majke božje. Devica dolazi u posetu Hrvatskoj. Ona želi da u svoju majčinsku odeću uvije mladu ponovo rođenu Hrvatsku, upravo o hiljadugodišnjem jubileju katolicizma u Hrvatskoj. Ona se spušta ponovo na zastavu naše slobode, da bi na njoj zauzela svoje staro mesto... Hrvatska Gospoda i Marije iz drevnih vremena je vaskrsla...“ Nav. prema Vasa Kazimirović, *NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Gleza fon Horstenau 1941–1944*, Nova knjiga, Narodna knjiga, Beograd 1987, 109–110.

[25] Iako je odbio da učestvuje u nemačkim planovima za Hrvatsku, Maček je izdao sledeći proglas: „Hrvatski narode! Pukovnik Slavko Kvaternik, vođa nacionalističkog pokreta u zemlji, proglasio je danas slobodnu i nezavisnu hrvatsku državu na cjelokupnom historijskom i etnografskom području Hrvatske, te je preuzeo vlast. Pozivam sav hrvatski narod, pozivam sve pristaše HSS, koji su na upravnim položajima, te sve kotarske odbornike, itd. da iskreno surađuju sa novom vladom.“ Nav. prema Rudolf Horvat, *Hrvatska na mučilištu*, Kulturno-historijsko društvo „Hrvatski rodoljub“, Zagreb 1942, 625.

[26] Isticane su četiri osnovne teze kojima se osporavala državnost NDH, teza o 1) zločinu, 2) protivpravnosti, 3) protektoratu i 4) otporu. Tanasije Marinković, „*Takozvana* Nezavisna Država Hrvatska“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. Boris Begović, Zoran Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 78–81.

[27] Na primer, tu tezu zastupa jedan od najprominentnijih hrvatskih istoričara Ivo Goldštajn. Vid. Ivo Goldstein, *Uspon i pad NDH*, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011, 2, i *Istorija Hrvatske 1918–2008*, EPH Liber, Zagreb 2008, 215–224.

državi, a to su teritorija, stanovništvo i državna vlast.[28] Kako je u najnovijoj literaturi osporeno ranije shvatanje da NDH nije bila država i ubedljivo dokazano da su postojala sva tri elementa države, pre svih državna vlast, koja je efektivno delovala kao najviša politička vlast u periodu od 1941. do 1943. godine, na ovom mestu se zbog ograničenja ti argumenti neće ponavljati. Dovoljno je istaći razmere zločina koje je ustaška vlast počinila u prve dve godine svog postojanja sa ciljem stvaranja etnički čiste države. Za sprovođenje tog projekta organizovan je sistem logora smrti i poseban železnički transport, a i značajan deo državnog aparata bio je usmeren ka njegovom ostvarenju, što je podrazumevalo i formiranje posebnih državnih organa, te je, generalno posmatrano, ustaški režim bio efikasan u meri koja dokazuje monopol fizičke sile kao neophodni uslov za postojanje državne vlasti.

4. NAJVAŽNIJI AKTI USTAVNOG KARAKTERA U NDH

Ako se pojam ustava u materijalnom smislu sasvim suzi i svede na organizaciju državne vlasti, onda se pitanje postojanja ustava pomera ka pitanju državnosti jer „[n]ije bilo i nema države u svetu koja nije imala i nema ustav u materijalnom smislu“.[29] S druge strane, NDH nije imala ustav u formalnom smislu, ali to ne znači da u NDH nisu postojali pisani dokumenti i propisi koji su u materijalnom smislu bili od ustavnog značaja. Prema mišljenju prof. Eugena Sladovića, rektora Visoke ekonomske škole u Zagrebu i vodećeg režimskog stručnjaka za državno pravo, NDH je imala nekodifikovani ustav koji se sastojao od nekoliko pisanih dokumenata koji su činili: „ustaški Statut [Ustav Ustaše] i ustaška ‘Osnovna načela’, čija je pravosnažnost pre 10. aprila 1941. obavezivala samo članove ustaškog oslobodilačkog pokreta, posle toga ‘su dobila sveopšte obavezujuće ustavno značenje’ i valjalo ih je smatrati ‘osnovnim načelima ustavnog karaktera sličnim programu Nacionalsocijalističke nemačke partije rada’ u Nemačkoj. S obzirom na to da su se mnogobrojni zakoni u NDH pozivali na ova načela, normativno važenje programskih principa u ustaškoj državi bilo je u praksi još snažnije naglašeno nego u Hitlerovoj državi“.[30] Dakle, nekodifikovani ustav NDH sastojao se od: 1) Ustava hrvatske revolucionarne organizacije „Ustaše“, donetog u Za-

[28] Autori koji se bave međunarodnim pravom podrazumevaju i četvrti element državnosti – sposobnost da se stupa u odnose s drugim državama. Vid. Ivana Krstić, Miloš Jovanović, „Međunarodnopravni status Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. Boris Begović, Zoran Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 195 i dalje. Tomislav Jonjić, „Pitanje državnosti Nezavisne Države Hrvatske“, *Časopis za savremenu povijest* 3/2011, 667–698.

[29] R. Marković, 18.

[30] L. Hori, M. Broscat, 116.

grebu 1929; 2) Načela Hrvatskog ustaškog pokreta iz 1933, sa Pavelićevom redakcijom od 16. aprila 1941. godine; 3) većeg broja docnije donetih zakona ustavnog značaja.

Po svojoj prirodi, Ustav Ustaše i Načela ustaškog pokreta predstavljaju kratke deklaracije, u ideološkom smislu prilično neoriginalne.[31] U tim obimom malim dokumentima, nisu precizno definisani sistem vladavine, ni novi društveno-politički poredak, ni prava i dužnosti državljana. U njima su pre svega bili nabrojani osnovi i vrednosti na kojima je počivala ustaška revolucionarna organizacija, no po osnivanju NDH, dobili su snagu ustava. Kao takva, ona su za vreme trajanja ustaške države, prema prilici i potrebama, bila podložna svakojakim tumačenjima, ali su baš zbog toga „bila pogodna za izražavanje prividne legitimnosti diktatorske samovolje".[32] No, bez obzira na njihov maglovit i uopšten karakter, u tim dokumentima su postavljeni temelji ustavne definicije NDH, njena „lična karta".

NDH je definisana kao država hrvatskog naroda u etničkom smislu,[33] na celokupnom njegovom istorijskom prostoru.[34] U Načelima je istaknut hrišćanski, rasistički[35] i korporativni karakter NDH. Unekoliko su ograničeni prava na privatnu svojinu, slobodno tržište i slobodu rada.[36] Prema ustavnoj koncepciji NDH, pojedinci nisu raspolagali poseb-

---

31 Dostupno na *https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav_hrvatske_revolucionarne_organizacije_"Ustaše"* i *https://hr.wikisource.org/wiki/Načela_Hrvatskog_ustaškog_po-kreta*, 31. januar 2019.

32 *Ibid.*, 117.

33 „Hrvatski narod jest samosvojna narodna (etnička) jedinica. On je narod sam po sebi, te u narodnosnom smislu nije istovjetan ni s jednim drugim narodom, niti je dio ili pleme bilo kojega drugoga naroda" (tačka I Načela). „Seljaštvo je temelj i izvor svakoga života, ono samo po sebi i sačinjava hrvatski narod, te je kao takovo nosilac i vršilac svake državne vlasti u Hrvatskoj Državi. I kraj toga svi staleži hrvatskoga naroda sačinjavaju jednu narodnu cjelinu, budući i ostali staleži u hrvatskom narodu, kojih su članovi pripadnici hrvatske krvi, imaju ne samo svoj korijen i podrijetlo, nego i trajnu obiteljsku vezu sa selom. Tko u Hrvatskoj ne potječe iz seljačke obitelji, taj u 90 slučajeva od stotine nije hrvatskoga podrijetla, ni krvi, već je doseljeni stranac" (tačka XII Načela).

34 „Zemlja, koju je u pradavno doba hrvatski narod zaposjeo, te koja je postala njegovom domovinom, prostire se na više pokrajina, koje su posebna pokrajinska imena imale dijelom još prije dolaska Hrvata, a druga su pokrajinska imena nastala poslije, nu sve te pokrajine sačinjavaju jednu jedinstvenu domovinu Hrvatsku, te nitko nema prava, da bilo koju od tih pokrajina svojata za sebe" (tačka IV Načela).

„Ustaša, hrvatski oslobodilački pokret, ima zadaću, da svim sredstvima, pa i oružanim ustankom, oslobodi ispod tuđinskog jarma Hrvatsku, da ona postane potpuno samostalna država na cijelom svom narodnom i povijesnom području" (tačka I Ustava Ustaše).

35 „U hrvatskim narodnim i državnim poslovima u samostalnoj i Nezavisnoj Državi Hrvatskoj ne smije odlučivati nitko, tko nije po koljenima i po krvi član hrvatskoga naroda[.]" (tačka XI Načela).

36 L. Hori, M. Broscat, 137–139.

nim pravima i slobodama već, suprotno, samo dužnostima prema narodu i državi, dok je, s druge strane, država pojedincima osiguravala pravo na život, i to na osnovu ispunjenja njihovih dužnosti.[37] Na temelju Ustava Ustaše, kao nosilac najviše političke vlasti određen je poglavnik – vođa ustaškog pokreta, oko čijeg je apsolutnog političkog autoriteta dalje izgrađena ustaška državna organizacija.

5. DRŽAVNA ORGANIZACIJA NDH

Kada su propali nemački planovi da se na čelo nove hrvatske države postave Maček i njegova HSS, Sile osovine su se sporazumele da Pavelić i ustaški pokret preuzmu upravljanje zemljom.[38] Odmah pošto je ustaški režim instaliran, službenici upravnih organa Banovine Hrvatske, prvenstveno zbog Mačekovog poziva, lako su prihvatili novi režim.[39] Na osnovu sporazuma Cvetković–Maček, sklopljenog tek nekoliko dana pred početak Drugog svetskog rata, u nadležnost banovinske vlasti preneti su poslovi: poljoprivrede, trgovine i industrije, šume i rudnika, građevina, socijalne politike, narodnog obrazovanja, fizičkog vaspitanja, pravde, prosvete i unutrašnje uprave, dok su ranije nadležnosti banovinske vlasti ostale. Iako sporazum nije do kraja sproveden, u Hrvatskoj su već bili solidno razvijeni upravni i sudski aparat i kao takvi su se našli pod kontrolom ustaške vlasti.

Pošto je izdao novu redakciju Načela, Pavelić se kao vođa hrvatske države zakleo nad njima i time im dao „rang najvišeg državnog zakona, to jest, ustava".[40] Ali to su ipak bila Načela ustaškog pokreta, koja suštinski nisu izražavala potreban kvantum osnovnih zajedničkih vrednosti u hrvatskom društvu, baš kao što ni Pavelić nije bio vođa Hrvata, već je to bio Maček. Kako je već naglašeno, da bi ustav mogao da bude delotvoran, on treba da bude presek glavnih politika i interesa jednog društva i države. Zbog toga su ustaše, odmah po preuzimanju vlasti, počele da organizuju izvršnu vlast prema fašističkom modelu, budući da vrednosti

[37] „Temelj svake vrijednosti jest samo rad, a temelj svakog prava jest dužnost. Stoga u Hrvatskoj Državi rad označuje stupanj vrijednosti svakoga pojedinca i ima predstavljati temelj cjelokupnoga narodnog blagostanja. Nitko ne može imati nikakvih posebnih prava, nego samo dužnosti prema narodu i državi, koje jedino daju svakome pravo na osigurani život" (tačka XIV Načela).

[38] Razume se da je to imalo svoju cenu jer je Pavelić, pre postavljenja, zvanično obećao italijanskoj strani da će zadovoljiti njene teritorijalne i ekonomske interese u Hrvatskoj, o čemu hrvatska javnost ništa nije znala.

[39] Sabrina P. Ramet, *Tri Jugoslavije – izgradnja države i izazov legitimacije*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb 2009, 163.

[40] L. Hori, M. Broscat, 116.

ustaškog pokreta nisu izražavale i pretežne vrednosti hrvatskog društva te su morale biti nametnute.[41]

Do pojave dualizma vlasti došlo je već prvih dana formiranja NDH, budući da su se u mnogim mestima predstavnici ustaškog pokreta nametnuli kao vrhovna vlast.[42] Takođe, u Zagrebu su u mnogim sferama javnog života osnivane paralelne ustaške službe s ciljem efikasnije organizacije izvršne vlasti prema nemačkom i italijanskom uzoru. U tu svrhu, Pavelić je 29. aprila 1941. godine izdao *Zakonsku odredbu o uskladbi rada ustaške organizacije s državnim vlastima* kojom je bilo predviđeno da ce „sve zakonske odredbe i naredbe nadležnih ministarstava izvršuju i provađaju u potpunoj saglasnosti sa slovom i duhom ustaških načela, te u skladu s narodnom i državnom politikom, izraženom u tim načelima“ i da „nadzorni organ ustaškog pokreta imaju dužnost svaku neurednost ili štetnost u izvršavanju državne vlasti odmah javiti glavnom ustaškom stanu i nadležnom ministarstvu, a tek u najhitnijim i neodgodivim slučajevima, u kojima bi mogla nastati nenaknadiva šteta za hrvatski narod i za hrvatsku državu... mogu i sami izravno poduzeti potrebne korake“.[43] Zbog velikog obima tog poduhvata i kadrovske slabosti ustaške organizacije, državnoj upravi je pretila opasnost od potpune anarhije, te je sam Pavelić „uvideo da mora, u interesu učvršćenja vlasti, usporiti taj razvoj“.[44] Do usporenja je privremeno i došlo, ali proces nikada nije prekidan, što je dovelo do suprematije ustaške organizacije u odnosu na državne institucije.

Početkom juna 1941. godine, administrativno-upravna podela je delimično transformisana u odnosu na banovinski period. Zakonskom ured-

41 Takvo nametanje slikovito je predstavljeno u tekstu programskog karaktera objavljenom u listu *Ustaša*: „U ustaškoj državi, koju su stvorili Poglavnik i njegove ustaše, mora se ustaški misliti, ustaški govoriti i što je najglavnije – ustaški raditi. Jednom rečju, čitav život u NDH mora biti ustaški.“ Nav. prema I. Goldstein (2008), 216.

42 Pavelić ovako objašnjava preuzimanje uprave od ustaša: „Takvo je stanje [misli se na stanje uprave u Banovini Hrvatskoj] našla oslobođena Hrvatska Država u trenutku svoje obnove, u mjesecu travnju 1941. godine. Od 150 kotara, više-manje polovina, ostala je bez ikakvih činovnika, jer oni koji su došli iz Srbije ili iz drugih krajeva, koji nisu bili dio Hrvatske, napustili su svoja mjesta i udaljili se. U onim kotarima, u kojima, u kojima su još ostali činovnici, bili su to tako ne vrijedne vrste, što je i razumljivo, jer je za vrijeme kraljevske i protuhrvatske diktature ni jedan Hrvat vrijedan i savjestan nije mogao niti htio služiti tom nedostojnom i brutalnom režimu. Oni koji su ostali u službi nisu imali nikakvog autoriteta, niti su uživali i najmanjeg ugleda u narodu. Da bismo uspostavili kakvu-takvu upravu i stavili u pokret tu životnu funkciju svake države, trebalo je nadljudskog truda i napora, što je u prvo vrijeme zaokupljalo svu djelatnost ministra unutarnjih poslova, nego velikim dijelom i moju, jer je trebalo što pre normalizirati javni život. To nije bilo moguće postići, ako ne bi uprava bila povjerena u ruke sposobnih i poštenih ljudi.“ Ante Pavelić, *Doživljaji – kako sam osnovao Nezavisnu Državu Hrvatsku*, Despot Infinitus, Zagreb 2015, 135–136.

43 Nav. prema L. Hori, M. Broscat, 102.

44 *Ibid*.

bom od 10. juna celokupno područje NDH bilo je podeljeno na 22 velike župe, na čijem čelu su se nalazili veliki župani, koji su vodili celokupnu civilnu upravu, a imenovao ih je poglavnik. Pavelić je i kumovao nazivima župa, birajući istorijska imena iz perioda srednjovekovne Hrvatske, čime je želeo da potvrdi kontinuitet NDH sa starohrvatskom državom.[45] Istom zakonskom odredbom, u sklopu velikih župa predviđeno je osnivanje 141 kotara i 1006 mesnih opština. Osim mesnih opština, osnovana i 31 gradska opština.[46] Grad Zagreb, sa statusom glavnog grada, izuzet je iz područja velike župe i podređen je neposredno Vladi NDH. Uspostavljanje nove vlasti nije teklo glatko u svim delovima NDH, pogotovo tamo gde je nacionalni sastav stanovništva bio mešovit. Takođe, ustaške vlasti nisu uživale istu podršku svojih saveznika prilikom organizovanja nove uprave. Na području gde su bile raspoređene nemačke snage uspostavljanje je išlo relativno lako, pošto su nemački vojni zapovednici priznavali ustašku vlast i pružali joj podršku, dok su Italijani u svojoj zoni vršili opstrukcije, što je izazvalo „negodovanje i antiitalijansko raspoloženje žiteljstva ne samo u tim krajevima, nego i u cijeloj Hrvatskoj“.[47] Za ustaške vlasti stvar se značajno popravila posle potpisivanja tzv. Rimskih ugovora, kada je uspostavljena demilitarizovana zona u okviru koje su se postepeno formirali novi upravni organi, ali Italijani nikada nisu prestali da prave smetnje.

Nedugo nakon donošenja zakonske odredbe kojom je uspostavljen novi administrativno-upravni sistem, prema poglavnikovoj odredbi od 24. juna 1941. godine, celokupna delatnost ustaškog pokreta bila je podeljena na tri grane: 1) Političko-organizaciona grana, 2) Ustaška vojnica i 3) Ustaška nadzorna služba.[48] U okviru prve grane, u svakoj velikoj župi trebalo je da bude uspostavljen ustaški stožer sa stožernikom na čelu. Njemu su bili podređeni ustaški logori, u svakom kotaru župe, na čijem čelu je bio logornik, dok su njima, na nivou opština, bili podređeni ustaški tabori na čelu s tabornikom. Na najnižem nivou nalazili su se ustaški rojevi s rojnikom na čelu, koji su bili organizovani u pojedinim selima. Ustaška vojnica činila je drugu granu ustaške organizacije, na čijem čelu se nalazio Glavni stožer, čiji je zapovednik bio neposredno potčinjen poglavniku, koji je bio zapovednik svih ustaških vojnih snaga. Ustaška vojnica je bila organizovana prema modelu koji je već bio primenjen u Nemačkoj i Italiji. Konačno, Ustaška nadzorna služba imala je zadatak da kontroliše celokupan rad svih drugih ustaških organa i njihovih službeni-

[45] I. Goldstein (2008), 214.

[46] *Ibid*. Hrvatski istoričar Hrvoje Matković iznosi drugi podatak i kaže da je formirano 978 opština. *Povijest Nezavisne Države Hrvatske*, digitalno izdanje (dostupno na *https://hrcak.srce.hr/110863*, 31. januar 2019), Zagreb 2002, 34.

[47] *Ibid.*

[48] *Ibid*.

ka, s akcentom na suzbijanje rada koji bi „išao na štetu hrvatske državne nezavisnosti. Tako široko formulisani zadaci UNS-a u praksi su vodili njegovu nametanju svim ostalim dijelovima ustaškog pokreta i organima vlasti, što je izazvalo negodovanje u redovima ustaških dužnosnika izvan UNS-a“.[49] Nadzorna služba je po svim svojim bitnim karakteristikama i položaju u ustaškom pokretu ličila na SS u Nemačkoj, te ne čudi što je Eugen Dido Kvaternik, Pavelićev čovek od najvišeg poverenja i njen prvi šef, često nazivan ustaškim Himlerom.[50]

Već sam način organizovanja političko-organizacione grane ustaškog pokreta ukazuje na potpuni paralelizam partijske i upravne vlasti, po čemu se ustaški režim nije razlikovao od nacističkog režima u Nemačkoj ili fašističkog u Italiji. Svaka administrativno-upravna jedinica imala je svoj pandan u ustaškoj organizaciji i u realnosti, partijski funkcioneri su imali daleko veću moć od nosilaca upravnih funkcija. Zapravo, nije se radilo samo o nadziranju rada upravnih organa, već su ustaški dužnostnici njima i dirigovali, „[u]staški tabornici u općinama, logornici u kotarevima, stožernici u velikim županama, a ustaški vrh – posebno poglavnik – u državnoj vladi“.[51] Nije potrebno posebno naglašavati da je dualizam vlasti uspostavljen i u vojnim i policijskim snagama, kao i u pravosuđu.[52]

6. OBLIK DRŽAVNE VLASTI NDH

Partijska organizacija je progutala državnu, što je rezultiralo potpunom transformacijom odnosa u državi. Suprematija partijske vlasti u odnosu na državnu i položaj poglavnika unutar nje odredili su oblik državne vlasti NDH. Oblik državne vlasti se inače određuje kao odnos između legislative i egzekutive, ali u NDH on praktično nije postojao jer je sva državna vlast prešla u ruke egzekutive na čelu s poglavnikom. U njegovim rukama nalazila se kompletna zakonodavna vlast, pošto je zakone donosio u formi uredbi koje su se nazivale „zakonske odredbe“,[53] a sam poglavnik je uživao i ostala diktatorska ovlašćenja.

---

[49] *Ibid*., 36.

[50] Detaljno u Marko Davinić, „Pravno ustrojstvo i delovanje vojnih i policijskih snaga Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. Boris Begović, Zoran Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 101–144. Vid. i Mladen Colić, *Takozvana Nezavisna Država Hrvatska 1941*, Delta-Pres, Beograd 1973, 269–283.

[51] H. Matković.

[52] Vid. Igor Vuković, „Poredak zločina – krivično pravo Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. Boris Begović, Zoran Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 145–183.

[53] „Odredbe izdaje jedino Poglavnik Nezavisne Države Hrvatske. Odredbe jesu: 1. zakonske, koje imaju narav zakona; 2. obćenite, kojima se uređuju pitanja obće naravi,

Iako je u NDH postojao Hrvatski državni sabor, on praktično nije imao nikakvu legislativnu vlast. Poglavnik je uostalom sam odredio sastav Sabora koji su činili narodni zastupnici poslednjeg Hrvatskog sabora iz 1918. godine, narodni zastupnici izabrani na poslednjim opštim izborima u Kraljevini Jugoslaviji (tu grupu su uglavnom činili predstavnici HSS-a, među kojima je izvršen odabir), osnivači i doživotni članovi HSS-a, članovi Veća bivše Hrvatske stranke prava izabrani 1919. godine, doglavnici, poglavni pobočnici i poverenici Glavnog ustaškog stana Hrvatskog ustaškog oslobodilačkog pokreta i dva predstavnika nemačke manjine. Sastav Hrvatskog državnog sabora na prvom zasedanju, održanom od 23. do 28. februara 1942. godine, činilo je ukupno njih 217. Sabor se sastao još samo dva puta (u aprilu i decembru 1942. godine) i, uprkos Pavelićevoj najavi da će pristupiti izradi zakonske odredbe o novom Saboru, do kraja postojanja NDH nije više sazivan.[54] Jedina vredna pomena jeste odluka Sabora doneta na prvom zasedanju o ništavosti svih propisa donetih od 1. decembra 1918. do 10. aprila 1941. godine koji se odnose na hrvatski narod, no ta odluka je imala karakter predloga da bi joj tek Pavelić svojim potvrđivanjem dao zakonsku snagu.

Pavelić je sam odredio i sastav prve vlade, koji su činile dve grupe ministara. Prvu grupu brojali su, Paveliću miliji, ustaše emigranti, a drugu ustaše iz zemlje. Osim ustaša, u vladi su mesto našli i predstavnici muslimanske manjine. Vlada nije funkcionisala kao kolegijalno telo, budući da su svi ministri bili odgovorni jedino poglavniku, koji je, na nivou vlade, samostalno donosio odluke. Takva njegova pozicija u okviru legislative i egzekutive direktno se odražavala i na državnu organizaciju, odnosno njen oblik. Iako je NDH bila podeljena na župe, kao oblike dekoncentracije vlasti, realno je vlast bila potpuno koncentrisana u Pavelićevim rukama, pošto je on postavljao velike župane koji su mu bili direktno odgovorni.[55] Još važnije, poglavnikov položaj mu je omogućio da donese čitav niz zakonskih uredbi ustavnog karaktera, a ovde će biti pomenuto samo nekoliko najvažnijih. Na osnovu svojih diktatorskih ovlašćenja, sledeći programske ciljeve svog pokreta nad čijim Načelima se zakleo stupajući na dužnost, Pavelić je 30. aprila 1941. doneo tri zakonske odredbe koje su činile osnov rasnog zakonodavstva NDH. To su bile: 1) Zakonska odredba o državljanstvu NDH, 2) Zakonska odredba o rasnoj pripadnosti žitelja NDH i 3) Zakonska odredba o zaštiti arijevske krvi i časti hrvatskog naroda.[56] Tim zakonskim odredbama stvoren je okvir za sprovođenje plana

a koje nemaju narav zakona i 3. posebne, kojima se uređuju posebna (pojedina) pitanja, koja po zakonu rješava samo Poglavnik." *Narodne novine*, br. 160.

54 H. Matković, 36–37.

55 T. Marinković, 101–102.

56 Zoran Mirković, „Rasno zakonodavstvo u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. Boris Begović, Zoran Mirković), Pravni fakul-

stvaranja etnički čiste države. Njima su celokupne kategorije stanovništva stavljene van pravne zaštite, budući da nisu ni činile ustavni identitet NDH. Uz veći broj docnije donetih zakonskih odredaba, Srbi, Jevreji, Romi i nepoćudni Hrvati su do kraja postojanja NDH bili izloženi stalnom teroru i stravičnim zločinima. Takođe, nužno je navesti i *Zakonsku odredbu za obranu naroda i države* u kojoj stoji da: „1) Tko na bilo koji način povrijedi ili je povrijedio čast i životne interese hrvatskog naroda ili na bilo koji način ugrozi opstanak Nezavisne Države Hrvatske ili državne vlasti, pa makar djelo ostalo samo u pokušaju, čini se krivcem zločinstva veleizdaje; 2) Tko se učini krivcem zločina u točki 1. navedenog, ima ga slijediti kazna smrti." Tom zakonskom odredbom NDH je uvedena u permanentno vanredno stanje, a njima je legalizovan i niz unapred planiranih akcija terora radi postizanja političkih ciljeva, od kojih je najvažniji bilo formiranje etnički čistog prostora nove države. Osim zakonskih odredaba o veri, jeziku, svojini itd. koje su imale ustavni značaj, novim zakonima je, takođe, konsolidovana ustaška vlast i postavljeni su njeni noseći stubovi koje su činili „milicija, armija, tajna policija, specijalni sudovi i više od dvadeset koncentracionih logora".[57]

Na osnovu ovog kratkog istorijskog pregleda, moguće je oceniti i prirodu državnog režima NDH. Svi relevantni autori, računajući i one koji su delali u NDH, slažu se da je ustaški režim bio neoapsolutistički. Tako Eugen Sladović definiše NDH kao „državu vođe" u kojoj nije postojala podela vlasti pošto se sva nalazila u njegovim rukama i dodaje: „Poglavnik, kao vođa i šef države gospodar je državne upravne vlasti, a istovremeno i zakonodavac na najvišem mestu, šef vlade, pa time i gospodar državnih ustanova. On je zatim vođa ustaškog pokreta i vrhovni komandant oružane sile."[58] Ipak, neoapsolutistički tip ustavnosti nije označavao tek samo „povratak na stari režim (*l'ancien régime*) apsolutnih monarhija. To nije više autoritarna vlast vladara ili crkve, već socijetalni cezarizam zasnovan na narodnoj metafizici."[59] Kao dokaz te teze dovoljno je pomenuti tzv. Rimske ugovore kojima se Pavelić odrekao dela teritorije u korist Italije, što znači da je zemljom raspolagao poput apsolutnog monarha, kao da je njegov privatni posed. Takođe, u NDH, uostalom kao i u fašističkoj Italiji ili nacističkoj Nemačkoj, ustav su činili nekodifikovani organski zakoni ustavnog karaktera.[60] Takav autoritarni tip ustavnosti ne zasniva se na pristanku naroda, odnosno potvrdi biračkog tela. Ta vrsta legitimiteta supstituisana je metafizičkim predstavama o uzvišenosti vođe i njegovoj

---

tet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 47.

[57] Mari-Žanin Čalić, *Istorija Jugoslavije u 20. veku*, Klio, Beograd 2013, 172.

[58] Нав. према Л. Хори, М. Бросцат, 121.

[59] T. Marinković, 101.

[60] R. Marković, 74.

istorijskoj misiji. Posebnu ulogu u građenju takvog kulta ličnosti odigrala je Katolička crkva u Hrvatskoj, koja je sve vreme trajanja NDH bila njen pouzdani oslonac. Štaviše, Alojzije Stepinac, zagrebački nadbiskup, lojalnost nekadašnjoj NDH iskazivao je i za vreme suđenja za ratne zločine. U destruktivnoj simbiozi ustaške vlasti i katoličkog klera sprovođena je ideja etnički čiste Hrvatske.[61] Osim crkve, negovanju kulta ličnosti znatno je doprinosila i veoma razvijena ustaška propaganda.

Ipak, uz značajne sličnosti, ustaški režim se u velikoj meri razlikovao od fašističkog i nacističkog. Na prvom mestu treba istaći da Pavelić, za razliku od Musolinija ili Hitlera, nije posedovao istinsku harizmu niti je ustaški pokret bio naročito razvijen u hrvatskom društvu. Ne može se sporiti činjenica da je među ustašama Pavelić uživao apsolutni autoritet, ali, bez obzira na delovanje katoličkog klera, podršku Nemaca i sredstva propagande, u očima većine Hrvata autoritet nikada nije izgradio. Tako je, suprotno nacističkom režimu, ustaški u značajnom delu svog postojanja delovao kao nedovoljno snažan i društveno neutemeljen.[62] Sam ustaški pokret je sve vreme trajanja NDH pokazivao kadrovske slabosti, bez obzira na činjenicu da je veliki broj ljudi pristupio tom pokretu.[63] U poverljivom izveštaju Ministarstvu spoljnih poslova Nemačke od 2. jula 1941. godine stoji: „Ja poznajem niz ličnosti koje je ustaški pokret doveo na više ili manje značajne državne položaje, ali koje se, kada se s njima go-

[61] I u toj stvari NDH se ugledala na Nemačku. Konačno rešenje jevrejskog pitanja (*Endlösung der Judenfrage*) naziv je nacističkog plana potpunog uništenja Jevreja s tla Evrope i predstavlja poslednju i najužasniju fazu Holokausta. Do sprovođenja konačnog rešenja već je bilo ubijeno oko milion Jevreja. Na sastanku u Vanzeu kraj Berlina, održanom 20. januara 1942. godine, postignut je dogovor o operativnom sprovođenju konačnog rešenja. Tom prilikom prvi put su se okupili službenici različitih resora i visoki partijski funkcioneri Nemačke, nad kojima je drugi čovek SS-a Rajnhard Hajdrih uspostavio svoj autoritet radi njihove koordiniracije, dok je genocid prema Jevrejima uzdignut na sam vrh liste državnih prioriteta. Vid. detaljnije Alan Bullock, *Hitler: a Study in Tyranny*, Pelican, Harmondsworth 1971, 57.

[62] Interesantnu analizu diktatorskog sistema nacističke Nemačke i njenog ustava dao je Karl Levenštajn još 1937. godine, kada se ništa nije znalo o budućem holokaustu i kada je nacistička Nemačka uživala pun međunarodni legitimitet (dovoljno je samo pomenuti održavanje Olimpijskih igara u Berlinu 1936. godine). Levenštajn, koristeći između ostalog i sociološku analizu, zaključuje da diktatorski režimi vode destabilizaciji sistema, ali da je nacistički režim uspeo suprotno, da konsoliduje vlast na osnovu činjenice da nemački narod po svom duhu teži organizaciji i efikasnosti, te da je nacistički ustav uspeo da postigne izmirenje nacionalnih tradicija sa održavanjem ravnoteže društvenih snaga. Taj svemogući Levijatan (*the most omnipotent leviathan*), kako ga Levenštajn naziva, najveći u modernom dobu, uspeo je da izvede nemoguće, da arbitrernost državne vlasti organizuje u formi zakona. Ipak, zaključuje da ustav koji odbija osnovne ljudske vrednosti i u kojem organizacija predstavlja cilj po sebi, možda i neće izdržati test vremena. Budućnost je pokazala da i nije. Karl Lowenstein, „Dictatorship and the German Constitution: 1933–1937“, *University of Chicago Law Review* 4/1937, 573–574.

[63] Goldštajn iznosi podatak da je već u maju 1941. godine ustaškom pokretu pristupilo 100.000 novih članova. I. Goldstein (2013), 303.

vori u četiri oka, u značajnoj meri distanciraju od ustaša. Reč je o oportunistima najčistijeg kova koji su potpuno ravnodušni prema revolucionarnom ustaškom načinu razmišljanja... Poglavnik hoće da uz pomoć strogih kaznenih sankcija ponovo uspostavi jedinstvo i disciplinovanost ustaša. Ono što je neophodno jeste širenje i jače ukorenjivanje ustaškog pokreta u narodu. Teško je reći da li je i u kojoj je meri uspelo današnjem režimu da već prodre u seljačke narodne mase. A to što su pri raznim ustaškim objavama i saopštenjima na poljanama, koja se objavljuju svake nedelje, kuće u selima okićene zastavama i što je učestvovanje naroda srazmerno veliko, izgleda da malo šta dokazuje.“[64] Zbog toga se ustaški režim nalazi negde između totalitarnog i tiranskog. S jedne strane, elementi totalitarizma su jasno uočljivi, poput principa vođe, propagande, ekskluzivne ideologije i terora nad neprijateljima države. Ali nerazvijenost pokreta, ideologija koja se nije ukorenila u hrvatskom narodu te česte slabosti i nedoslednosti u sprovođenju predviđenih planova i akcija ukazuju na elemente nekarakteristične za totalitarne države, pa bi se ustaški režim u jednom svom delu mogao okvalifikovati i kao tiranski u smislu posebno brutalnog načina vladanja tiranina i uske manjine koja ga podržava.

Inicijalni legitimitet koji su Pavelić i ustaše na početku svoje vladavine uživali topio se kako je rat odmicao. Prvi značajan korak ka delegitimisanju ustaške vlasti i Pavelića lično bila je odgovornost za odricanje od dela teritorije NDH koji je po svom istorijskom, kulturnom i ekonomskom značaju bio izuzetno važan za hrvatski narod.[65] Za hrvatski nacionalni osećaj, pogotovo za Primorce i Dalmatince, sklapanje Rimskih ugovora predstavljalo je „najveće razočarenje i šok“.[66] Iako je poglavnik bio ovlašćen da teritorijom raspolaže, on je takođe trebalo da ispuni istorijsku misiju zaokruženja svih hrvatskih teritorija u jednu državu.[67] Tek nekoliko meseci nakon formiranja NDH, koja je bila izraz takvih težnji, Pavelić je potpisivanjem Rimskih ugovora otpočeo proces delegitimisanja ustaške vlasti koji je okončan u naredne dve godine.[68]

---

64 Nav. prema L. Hori, M. Broscat, 126–127.

65 Radilo se o relativno maloj površini, svega oko 5.400 kvadratnih kilometara, na kojoj je živelo oko 380.000 stanovnika, od toga 280.000 Hrvata, 90.000 Srba i 5.000 Italijana, ali su obalsko područje i ostrva imali ogroman strategijski i privredni značaj. Vid. L. Hori, M. Broscat, 101.

66 I. Goldstain (2013), 305–306.

67 Među mnogim Hrvatima, Pavelićev režim je smatran odgovornim za gubitak Dalmacije i to zato što je na račun nacionalnih interesa izvršen veliki ustupak Italiji, koja je ustašama godinama pre toga pružala zaštitu. Nemački opunomoćeni general za NDH Glez fon Horstenau je tom prilikom zabeležio: „Juče uveče objavljeni Rimski sporazumi delovali su kao šamar u celoj Hrvatskoj... Vlada koja ionako nije čvrsto utemeljena u javnosti još je više izgubila oslonac.“ Nav. prema L. Hori, M. Broscat, 102.

68 „Ako bi se zbog određenih razvojnih faza izgubilo uverenje da je režim stvarno sposoban i voljan da hrvatsku državu očuva kao samostalnu suverenu tvorevinu, tek onda bi se, danas prisutna indiferentnost širokih narodnih slojeva mogla pretvoriti u aktivan

Genocidna politika koju su ustaški organi sprovodili prema unutrašnjem neprijatelju izazvala je masovne pobune srpskog stanovništva. Kako su pobune prerasle u pružanje organizovanog otpora, koji čak ni uz pomoć nemačkih i italijanskih snaga nije mogao da bude savladan, mase hrvatskog stanovništva su gubile poverenje u sposobnost ustaša da vode zemlju. Uostalom, zbog sasvim opravdanog straha od osvete, genocidna politika nikad nije imala podršku među seoskim stanovništvom. Kada se tome doda ekonomski krah koji je NDH doživela, kao i činjenica da su Nemačka i Italija ubrzano gubile rat, legitimitet ustaške vlasti naglo se krunio, pa ni agresivna ustaška propaganda više nije mogla bitno da uspori taj proces.[69] Usled gubitka legitimnosti, ustaše nisu mogle da sprovode svoju državnu politiku, budući da efikasnost sprovođenja odluka neposredno zavisi od odnosa stanovništva prema državnoj vlasti. Ubrzan gubitak legitimiteta na ustaškoj strani doveo je do preuzimanja najviše izvršne vlasti od organa SS-a. U tu svrhu je, 5. maja 1943. godine, sam Himler došao u Zagreb da bi sa Pavelićem uredio da nemački policijski opunomoćenik Kamerhofer (Konstantin Kammerhofer) dobije gotovo neograničenu policijsku vlast u NDH, dok je formiranjem mešovitih nemačko-hrvatskih jedinica i žandarmerijskih stanica veliki deo državne egzekutive stavljen pod kontrolu esesovaca. Za Hitlera je od 1943. godine Pavelićev režim vredeo samo onoliko koliko je mogao da pomogne u borbi protiv nemačkih neprijatelja i zato „istorija ustaške države gubi sa 1943. godinom skoro u potpunosti svoj stvarni predmet. Ono što je od tada pa do kraja rata određivalo zbivanja na hrvatskoj pozornici moglo se samo još najneznatnijim delom povezati sa delotvornošću NDH. [...] Nabujalom partizanskom snagom i rastućom samovoljom nemačkih vojnih, policijskih i političkih organa i raznih vanrednih opunomoćenika, hrvatski suverenitet je mrvljen u sve sitnije delove.“[70] Gubitkom monopola fizičke sile kao neophodnog uslova postojanja državne vlasti, od druge polovine 1943. godine, naročito od kapitulacije Italije, o ustaškoj vlasti kao državnoj, odnosno o NDH kao o državi, ne može se više ni uslovno govoriti.

otpor režimu.“ Poverljivi izveštaj Ministarstvu spoljnih poslova Nemačke upućen od Obaveštajnog odeljenja u Zagrebu od 2. jula 1941. Nav. prema *ibid*., 127.

69 „Ustaški pokret je, skladno zahtevima ideologije i politike fašizma, imao svoje harizmatske entitete, svoga poglavnika i autoritarnu državu. Ali, u biti taj pokret nikada nije imao širih socijalnih oslonaca u hrvatskom narodu. [...] U celokupnoj propagandnoj delatnosti ustaškog pokreta središnje mesto zauzima sam pokret, njegova organizacija, država i vođa, a o čoveku se kao i u drugim totalitarnim sistemima, govori samo onda kada čoveka treba svesti na funkciju ili broj i uključiti ga u mehanizam pokreta.“ Nikola Popović, *Ideologija fašizma u jeziku ustaške propagande*, Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd 1989, 179–180.

70 L. Hori, M. Broscat, 238.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na samom kraju ove analize treba potvrditi tezu istaknutu na početku teksta – da je NDH imala tzv. meki, nekodifikovani ustav. No prethodno bi valjalo bliže izoštriti pojam ustava u svetlu navedenih istorijskih činjenica.

Prvo, u svom uobičajenom, žarišnom značenju, pojam ustava označava ideju o definisanju i ograničavanju državne vlasti kako bi prava pojedinaca bila zaštićena. Ta ideja se najbolje opisuje političkim određenjem ustava koji označava vladavinu prava, umesto vladavine čoveka, jer isključuje ličnu volju vladajućih kao najvišu i pretpostavlja apstraktnu volju objektivnog prava. Politički pojam ustava podrazumeva podelu vlasti te racionalan metod ustavnih promena, kao i priznavanje i zaštitu sloboda i prava pojedinaca. Zbog toga se u NDH ne može govoriti o ustavu u političkom smislu, budući da je vladavina prava bila supstituisana vladavinom jedog čoveka, dok je ideja o podeli vlasti i zaštiti osnovnih prava i sloboda pojedinaca bila pretvorena u potpunu suprotnost. Ipak, postoje primeri autokratskih država u kojima donekle postoji podela vlasti i u kojima se delimično garantuju osnovna prava i slobode pojedinaca. Takav primer je SFRJ, pa ne čudi što su domaći autori iz oblasti prava u ono vreme uže određivali pojam ustava, za razliku od svojih kolega iz liberalnodemokratskih država. Kako je već istaknuto, Lukić i Jovičić u svojim definicijama ustava izostavljaju zaštitu prava i sloboda pojedinaca. Ako bi svi autokratski poreci bili samo na periferiji pojma, u smislu da delimično predviđaju podelu vlasti i zaštitu osnovnih prava i sloboda, uslovno bi se moglo reći da imaju ustav u političkom smislu. Ali najtvrđi autokratski sistemi, kakav je bio i ustaški, po samoj svojoj prirodi predstavljaju poništenje osnovne ideje ustava i regresiraju, vrednosno posmatrano, na predustavno stanje, pa se zato s razlogom označavaju kao neoapsolutistički. Kako je ustav jedna od najvrednijih civilizacijskih tekovina nastala upravo kao izraz borbe protiv apsolutizma, jednim pojmom bi logički bilo nemoguće obuhvatiti dve suprotnosti. Zbog toga bi u pravnoj nauci valjalo izvršiti preciznije pojmovno razlikovanje u smislu da samo države u kojima su garantovane osnovne ljudske slobode i prava i u kojima se ona delotvorno štite imaju ustav u uobičajenom, žarišnom značenju. Države u kojima se sistematski krše osnovna prava u tom pogledu nemaju ustav već samo u pogledu organizacije i efikasnosti državne vlasti. Ako bi se razlikovanje između demokratskih i autokratskih država zanemarilo, onda bi se mogao postaviti znak jednakosti između efikasne državne vlasti i ustava u materijalnom smislu, što naučno ne bi bilo opravdano, budući da bi tada iz pojma materijalnog ustava morala biti isisana njegova suština, to jest ideja o ograničavanju državne vlasti sa ciljem zaštite prava pojedinaca.

Drugo, radi pravilnog razumevanja mekog, nekodifikovanog ustava NDH, neophodno je ukazati na socijalne činjenice koje predstavljaju kriterijum važenja određenog ustava. U tu svrhu biće iskorišćen Hartov (Hart) pojam „pravila priznanja" (*rule of recognition*), koje predstavlja fundamentalno pravilo koje sadrži kriterijume za identifikovanje svih ostalih pravila pravnog sistema – ono je društveno, najviše i krajnje pravilo koje utvrđuje uslove važenja svih drugih pravila. Hart kaže da pravilo priznanja „postoji samo kao složena, ali normalno usaglašena *praksa* sudova, zvaničnika i privatnih lica u identifikovanju prava, upućivanjem na izvesne kriterijume".[71] Drugim rečima, pravilo priznanja određuje kriterijume pomoću kojih je moguće odrediti da li je neko pravilo pravno, a time i deo pravnog sistema.[72] Samo pravilo priznanja razlikuje se od društva do društva i može imati različite oblike. U nekoj jednostavnoj zajednici, gde je jedini državni „organ" starešina te zajednice koji u svom zapovedanju nije ograničen nikakvim pisanim ili nepisanim pravilima ili običajima, pravilo priznanja tog poretka bilo bi da je pravo sve ono što naredi starešina zajednice. Danas, u modernim pravnim sistemima, „kriterijum za identifikovanje (prava) razgranat je i obično uključuje pisani ustav, činjenicu da je pravilo doneto u formi zakonodavnog akta ili sudskih precedenata".[73] Ako se zanemare brojna pitanja koja utiču na određivanje pravnosti nekog poretka i ako se ona svede samo na efikasnost državne vlasti, pravilo priznanja u NDH bi moglo da se formuliše na sledeći način: „Zakon je sve ono što naredi poglavnik." Iako su u NDH postojali određeni akti ustavnopravnog karaktera (Statut Ustaše i Načela ustaškog pokreta) i zakoni ustavnog značaja, nije postojala izgrađena i dosledna praksa njihovog tumačenja i primene, štaviše, bili su česti slučajevi kolizije između proglašenih pravila i poglavnikovih usmenih naredbi. Zapravo, broj novodonetih zakona je bio toliki da se ni najveštiji pravnik ne bi mogao snaći u toj džungli raznoraznih, često suprotstavljenih pravila, a i sam poglavnik je često različito tumačio najvažnija ustavna dokumenta. S obzirom na stanje odnosa u NDH, konvencionalni kriterijum pravnosti, kojeg su se zvaničnici držali u svom svakodnevnom postupanju, može se svesti na poglavnikovu naredbu kao jedino pouzdano merilo.

Na osnovu tog merila još jednom bi valjalo sagledati ustavnopravne osnove NDH. Statut Ustaše i Načela ustaškog pokreta, kao dva najvažnija dokumenta ustavnog značaja, bez obzira na različita, često nedosledna tumačenja, u velikoj meri su oličavala osnovne ciljeve državnog

[71] Herbert Hart, *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2013, 169.

[72] Miomir Matulović, *Jezik, pravo i moral – filozofija prava Herberta Harta*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka 1986, 124.

[73] H. Hart, 160.

režima koji ih je, uz povremena odstupanja, nastojao ispuniti. Ako se u vidu ima određenje NDH kao etnički čiste države i obim terora nad nehrvatskim stanovništvom u prve dve godine postojanja NDH, zaključuje se da je ustaška vlast sprovodila osnovne programske ciljeve sve dok je bila u stanju to da čini, to jest dok je uživala monopol fizičke sile.

Pitanje državne organizacije pokazuje sav dualizam državne i partijske vlasti u NDH i pruža dobar primer partokratske države. Ipak, paralelna izgradnja državne i partijske organizacione strukture u odnosu nadređenosti i podređenosti nije dosledno izvršena. Sem što odnos između te dve organizacije nije precizno izveden, u realnosti je ustaški pokret pokazivao nesposobnost, pre svega kadrovsku, da uspostavi efikasan sistem uprave. Napregnutosti između partijske i državne organizacije nisu rešavane sistemskim načinom, na osnovu unapred propisanih pravila, već *ad hoc*, shodno trenutnoj situaciji u određenoj župi ili kotaru. Naposletku, budući da je poglavnik lično postavljao velike župane koji su mu, poput ministara, bili direktno odgovorni, hijerarhijski odnosi između različitih organa, u krajnjoj liniji su bili svedeni na lični ugled i moć koju je određeni funkcioner uživao u ustaškom pokretu i kod poglavnika lično.

Kada je u pitanju oblik državne vlasti, rečeno je da je u NDH vlast bila koncentrisana u rukama poglavnika. Način na koji ju je on vršio pokazuje sve glavne elemente neoapsolutizma, a takva njegova moć proizlazila je iz legitimiteta koji je ustaška vlast inicijalno uživala. Kako se legitimitet vlasti NDH vremenom krnjio, tako se sužavala njena efektivna moć. Razlog je lako objasniti – da bi osnovne norme nekog sistema bile delotvorne, one moraju biti prihvaćene, pre svih od najvažnijih državnih službenika, ali i od drugih važnih političkih i ekonomskih subjekata, kao i od stanovnika koji pod tim ustavom žive. Pošto ustavnopravno određenje NDH nikada nije predstavljalo izraz realnih društvenih snaga i vrednosti niti je ustaški pokret sebi obezbedio neku širu podršku među stanovništvom, vremenom, pogotovo od kapitulacije Italije, kada je kraj rata i poraz Nemačke već bio sasvim izvestan, hrvatski narod masovno prelazi na partizansku stranu, čime ustaška vlast postaje neefikasna na najvećem delu teritorije NDH i do maja 1945. godine ograničavala se na Zagreb sa okolinom. Tako su na neki način stvari vraćene na početak, pre formiranja NDH. Pavelić je poziciju apsolutnog gospodara u NDH zavredeo kao neprikosnoveni vođa ustaškog pokreta kojeg su Nemačka i Italija postavile namesto Mačekovog HSS-a. Dok je taj pokret uživao legitimitet kod većine naroda i dok je, shodno tome, efikasno vršio državnu vlast, položaj poglavnika u ustaškoj organizaciji preslikavao se na državni nivo. Gubitkom monopola sile ustaške vlasti, poglavnik je izgubio svoj apsolutistički položaj u NDH, zadržavši ga samo u partijskoj organizaciji, što ni potpuni ratni poraz ni propast ustaške države neće promeniti.

Konačno, karakter ustaške ustavnosti u hartovskom smislu moguće je odrediti kao poredak jednostavne, potpuno centralizovane političke zajednice u kojoj suštinski postoji samo jedan organ – poglavnik, a određivanje sastava i nadležnosti svih drugih državnih (i partijskih) organa u krajnjoj liniji zavisi isključivo od poglavnikove volje. Njegova volja se tako pokazuje kao jedino pouzdano merilo prilikom pokušaja da se identifikuje određeno obavezujuće pravilo u fluidnom sistemu formalno važećih pravila (novih i starih) i usmenih naredbi. Takav primitivan, rudimentaran ustav, koji ne podrazumeva formalne ustavne akte, procedure za njihovo donošenje, menjanje i ukidanje, kao ni usaglašenu praksu državnih zvaničnika koji postupaju na osnovu njih, svodi se na efikasnost vršenja vlasti, konkretno na sprovođenje poglavnikove volje koja ima snagu zakona. Ako se ustav u materijalnom smislu shvati najuže, dakle kao delotvorna organizacija državne vlasti, na pitanje da li je NDH imala ustav odgovor je jasan, NDH je imala ustav sve dok je postojala kao država, to jest sve dok je ustaška vlast uživala monopol fizičke sile. Kako je takav vid nekodifikovanog, mekog ustava zamisliv samo dokle većina stanovništva izričito ili prećutno prihvata apsolutistički poredak, gubitkom te podrške nestala je i ustaška ustavnost.

LITERATURA (REFERENCES)

Aristotel, *Ustav atinski*, Plato, Beograd 1997.

Bullock, A., *Hitler: A Study in Tyranny*, Pelican, Harmondsworth 1971.

Colić, M., *Takozvana Nezavisna Država Hrvatska 1941*, Delta-Pres, Beograd 1973.

Čalić, M., *Istorija Jugoslavije u 20. veku*, Klio, Beograd 2013.

Dajović, G., *Pravna obaveznost i važenje prava*, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008.

Davinić, M., „Pravno ustrojstvo i delovanje vojnih i policijskih snaga Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.

Galligan, D., *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2006.

Goldstein, I., *Istorija Hrvatske 1918–2008*, EPH Liber, Zagreb 2008.

Goldstein, I., *Uspon i pad NDH*, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011.

Goldstein, I., *Hrvatska povjest*, Novi Liber, Zagreb 2013.

Hart, H., *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2013.

Hori, L., Broscat, M., *Ustaška država Hrvatska*, DBR International Publishing, Beograd 1994.

Horvat, R., *Hrvatska na mučilištu*, Kulturno-historijsko društvo „Hrvatski rodoljub", Zagreb 1942.

Jonjić, T., „Pitanje državnosti Nezavisne Države Hrvatske", *Časopis za savremenu povijest* 3/2011.

Jovanović, S., *O državi – osnovi jedne pravne teorije*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922.

Jovičić, M., *Zakon i zakonitost*, Radnička štampa, Beograd 1977.

Kazimirović, V., *NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Gleza fon Horstenau 1941–1944*, Nova knjiga, Narodna knjiga, Beograd 1987.

Kelzen, H., *Čista teorija prava*, Gutenbergova štamparija, Beograd 2000[2].

Kiš, D., *Homo poeticus*, Globus, Zagreb 1983.

Košutić, I., *Rađanje, život i umiranje jedne države – 49 mjeseci NDH*, Stručna i poslovna knjiga, Zagreb 1997.

Krstić, I., Jovanović, M., „Međunarodnopravni status Nezavisne Države Hrvatske", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.

Lowenstein, K., „Dictatorship and the German Constitution: 1933–1937", *University of Chicago Law Review* 4/1937.

Lukić, R., *Teorija države i prava*, Savremena administracija, Beograd 1987.

Lukić, R., Košutić, B., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik, Beograd 2007.

Marinković, T., „*Takozvana* Nezavisna Država Hrvatska", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.

Marković, R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018.

Matković, H., *Povijest Nezavisne Države Hrvatske*, digitalno izdanje, Zagreb 2002, *https://hrcak.srce.hr/110863*, 31. januar 2019.

Matulović, M., *Jezik, pravo i moral – filozofija prava Herberta Harta*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka 1986.

Mirković, Z., „Rasno zakonodavstvo u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.

Mitrović, D., *Teorija države i prava*, Dosije studio, Beograd 2010.

Mitrović, D., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.

Pavelić, A., *Doživljaji – kako sam osnovao Nezavisnu Državu Hrvatsku*, Despot Infinitus, Zagreb 2015.

Popović, N., *Ideologija fašizma u jeziku ustaške propagande*, Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd 1989.

Ramet, S., *Tri Jugoslavije – izgradnja države i izazov legitimacije*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb 2009.

Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.

Visković, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001.

Vuković, I., „Poredak zločina – krivično pravo Nezavisne Države Hrvatske", *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.

Miloš Zdravković, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE INDEPENDENT STATE OF CROATIA

Summary

When the Independent State of Croatia (NDH) was formed, in the head of that state came so-called the Ustashe movement. The paper shows that in the period from 1941 until 1943 the NDH had required elements of statehood. The organization of the state authorities was made according to the model of the Ustashe organization with the title Poglavnik (Leader) in the head of the state who had all the dictatorial powers. The efficiency of the state authorities, but also necessary support of the enough number of population proves that the NDH had a constitution in its material sense, although the constitution was never brought. The foundations of the functioning of NDH were determined by uncodified constitution which was made of: The Ustashe Constitution (1929), The Principles of the Ustashe Movement (1933) and certain legislations of the constitutional significance which were adopted after the NDH was formed.

Key words: *The Independent State of Croatia. – Constitution. – Organization of authorities. – Legitimacy.*

Article history:
Received: 31. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

UDK 347.72.031(497.11)

CERIF: S144, S155

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901147L

Dr Jelena Lepetić*

DODATNI GLASOVI KAO NAGRADA LOJALNIM AKCIONARIMA: PREDLOG ZA REFORMU

Autor u ovom radu analizira nagrađivanje akcionara glasovima za lojalnost. U radu se akcije za lojalnost definišu u užem i u širem smislu. Posebno je razmatrano značenje pojma lojalnosti, budući da je reč o uslovu za nagrađivanje akcionara. Imajući u vidu rešenja reprezentativnih pravnih sistema, autor daje predloge za reformu domaćeg prava. Konkretno, zalaže se za uvođenje mogućnosti nagrađivanja lojalnih akcionara glasovima za lojalnost. Na kraju, autor ukazuje na to da, osim unošenja odredbe koja se odnosi na nagrađivanje akcionara u zakon kojim su regulisana privredna društva, treba promeniti i relevantne odredbe zakona kojim je regulisano tržište kapitala i zakona kojim se uređuje preuzimanje akcionarskih društava, da bi reforma bila uspešna. Sprovođenje reforme bi omogućilo da se lojalnost u kompanijskom pravu ne vezuje samo sa posebne dužnosti već i za specijalna prava koja akcionar može da stekne kao nagradu za lojalnost društvu.

Ključne reči: *Akcije za lojalnost. – Lojalni akcionari. – Pravo glasa akcionara.*

1. UVOD

O lojalnosti u kompanijskom pravu može se govoriti sa više aspekata. Prvi je svakako obaveza lojalnosti, odnosno lojalnost kao posebna dužnost koju u srpskom pravu prema privrednom društvu imaju određene kategorije članova društava i lica sa upravljačkim funkcijama. Reč je o pravnom transplantu iz anglosaksonskih pravnih sistema koji je u određenoj meri modifikovan. Uvođenjem posebnih oblika te dužnosti u naš pravni sistem, lojalnost (vernost) postala je uobičajeni deo kompanij-

* Autorka je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs*.

skopravne terminologije. Drugi aspekt lojalnosti koji je poznat u uporednim kompanijskim pravima ne tiče se obaveza već specijalnih prava koja predstavljaju nagradu lojalnim članovima društva, koja im se dodeljuje bez obzira na razlike u visini kapital učešća i faktičkom uticaju na upravljanje društvom, kao i stepenu posebnih znanja i veština koje akcionari imaju. Ovaj drugi aspekt lojalnosti još uvek nije deo našeg kompanijskog prava. U tom smislu, postoji neravnoteža budući da, s jedne strane, zakon nameće obavezu lojalnosti pojedinim akcionarima, dok, s druge strane, ne ostavlja mogućnost nagrađivanja lojalnih akcionara. Generalno gledano, nagrađivanje lojalnosti doprinosi smanjenu prakse praznog glasanja i davanja akcija u zajam, s obzirom na to da odlučivanje prelazi u ruke aktivnih akcionara koji su dugoročno zainteresovani za uspeh društva kao lica koja snose ekonomski rizik.[1] S druge strane, mora se istaći da je specijalno pravo glasa lojalnih akcionara primer razdvajanja upravljačkih (eng. *voting rights*) i ekonomskih prava (eng. *cash-flow rights*) akcionara jer dovodi do razdvajanja vlasništva od kontrole.[2] Dakle, broj glasova lojalnih akcionara ne odgovara visini ekonomskog rizika koji snose. Postoje i drugi argumenti protiv mogućnosti da se dozvoli nagrađivanje lojalnih akcionara dodatnim glasovima, koji se svode na argumente protiv napuštanja pravila jedna akcija – jedan glas.

Da bi se dao odgovor na pitanje da li treba omogućiti nagrađivanje lojalnih akcionara u domaćem pravu, prethodno treba definisati pojam lojalnosti u kontekstu nagrađivanja, odnosno koji akcionari se mogu smatrati lojalnim akcionarima, što bi ih činilo podobnim za nagrađivanje. Određenje akcionara kao lojalnih podrazumeva da se napravi razlika između lojalnih i ostalih akcionara koji bi se, stoga, mogli nazvati „nelojalni" akcionari. Akcionare koji ne ispunjavaju uslov da budu nagrađeni ipak ne treba nazivati „nelojalnim", zbog negativnog značenja koji taj termin ima sam po sebi, u smislu nepostupanja u skladu sa dužnošću lojalnosti, što nije glavni kriterijum za nagrađivanje. S druge strane, izrazi nagrađivanje lojalnih akcionara i akcije za lojalnost uobičajeni su i prepoznatljivi u kompanijskopravnim okvirima. Zbog toga, treba zadržati termin lojalnost i u kontekstu nagrađivanja akcionara. U svakom slučaju, kriterijum ili kriterijumi prema kojima se akcionari mogu podeliti na one koji ispunjavaju uslov(e) da budu nagrađeni (lojalne akcionare) i one koje u tom trenutku nije moguće nagraditi mora biti jasan i jednostavno primenjiv. Takođe, treba imati u vidu da u uporednom pravu postoje različiti modaliteti nagrađivanja lojalnih akcionara i da svaki ne mora biti podjednako uklopljiv u domaći sistem.

[1] Andrea Sacco Ginevri, „The rise of long-term minority shareholders' rights in publicly held corporations and its effect on corporate governance", *European Business Organization Law Review* 12(4)/2011, 6 (broj strana prema elektronskoj kopiji dostupnoj na bazi *Westlaw*).

[2] Lynne L. Dallas, Jordan M. Barry, „Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting", *Delaware Journal of Corporate Law* 40/2016, 568.

Lojalnost kao posebnu dužnost određenih akcionara u srpskom pozitivnom pravu treba razlikovati od lojalnosti kao uslova za nagrađivanje akcionara, koji su imaoci akcija u dužem periodu, a koja, za sada, nije deo srpskog pozitivnog prava. Dužnost lojalnosti nemaju samo kontrolni akcionari i akcionari sa značajnim kapital učešćem, nego i druga lica, na primer, direktori. Akcionari koji postupaju u skladu sa dužnošću lojalnosti, uz preduslov da jesu subjekti te dužnosti, mogu se nazvati lojalnim akcionarima, dok se u kontekstu instituta nagrađivanja lojalnih akcionara svi akcionari koji su imaoci akcija u dužem periodu mogu nazvati lojalnim akcionarima. U ovom radu govori se o lojalnim akcionarima u kontekstu nagrađivanja, osim kada je naglašeno da to nije slučaj. Postupanje u skladu sa dužnošću lojalnosti može biti samo dodatni uslov za nagrađivanje onih akcionara koji jesu subjekti te dužnosti.

Uopšteno govoreći, nagrađivanje lojalnih akcionara je aktuelna tema koja zavređuje pažnju i našeg zakonodavca. U ovom radu detaljno je analizirana nagrada u vidu glasova za lojalnost, dok su drugi modaliteti nagrađivanja lojalnih akcionara nabrojani i definisani. Drugačije rečeno, pažnja će biti posvećena nagradi koja je isključivo upravljačke prirode u kontekstu prava akcionara. Nagrađivanje lojalnih akcionara dodatnim glasovima podrazumeva i odstupanje od pravila jedna akcija – jedan glas, koje je u srpskom pravu imperativno, ali postoje zakonom dozvoljeni izuzeci. Odstupanje se ogleda u činjenici da bi nagrađeni akcionari imali pravo na više od jednog glasa na osnovu jedne akcije. S druge strane, nagrađivanje akcionara može biti ograničeno na razne načine. Tako se može ograničiti broj glasova za lojalnost po akciji i/ili ukupan broj glasova za lojalnost po akcionaru, kao i prema predmetu glasanja kada se specijalno pravo glasa odnosi samo na pojedina pitanja.

Glasovi za lojalnost, kao i akcije za lojalnost generalno predstavljaju mehanizam za promovisanje interesa privrednog društva. Zbog toga bi one bile u duhu našeg Zakona o privrednim društvima, kojim je taj interes promovisan kao *sui generis* interes.[3]

2. MODALITETI NAGRAĐIVANJA

2.1. Akcije za lojalnost u širem smislu

Akcije za lojalnost (eng. *loyalty shares*, *L-shares*) predstavljaju instrument za nagrađivanje lojalnih akcionara. Pod akcijama za lojalnost obično se podrazumevaju akcije koje daju pravo na više glasova lojalnim

[3] Zakon o privrednim društvima – ZOPD, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 9/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015 i 44/2018, čl. 63, st. 1. Vid. više o interesu privrednog društva u Jelena Lepetić, *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – dužnost lojalnosti*, Beograd 2015, 59–66.

akcionarima, koje društvo ne izdaje. Naime, obične akcije lojalnih akcionara se u njih „pretvaraju" tokom poslovanja društva, zadržavajući ta novodobijena svojstva sve dok je lojalni akcionar njihov imalac. Akcije za lojalnost su definisane kao akcije koje daju pravo na više glasova u Izveštaju o proporcionalnosti između vlasništva i kontrole u kotiranim društvima u Evropskoj uniji: uporedna pravna studija iz 2007. godine.[4] Ipak, s obzirom na to da se akcije za lojalnost, shvaćene kao akcije koje daju specijalna prava lojalnim akcionarima, ne izdaju, one nisu posebna vrsta akcija, iako njihov naziv na to asocira, pa ne čine ni posebnu klasu akcija već predstavljaju specijalno pravo glasa, odnosno pravo na više od jednog glasa po akciji, koje je vezano za određenog akcionara i/ili specijalno ekonomsko pravo koje akcije daju. Pod akcijama za lojalnost u širem smislu treba podrazumevati ne samo akcije koje daju specijalno pravo glasa lojalnim akcionarima, odnosno glasove za lojalnost i akcije koje daju specijalno ekonomsko pravo, odnosno dividende za lojalnost, lojalnim akcionarima kada broj akcija ostaje isti već i akcije koje su besplatno raspodeljene akcionarima kao nagrada za lojalnost i akcije koje je akcionar stekao koristeći varant za lojalnost. Činjenica da su besplatne akcije ili varanti za lojalnost kao prava na sticanje akcija izdati kao nagrada lojalnim akcionarima opravdava svrstavanje tako stečenih akcija u akcije za lojalnost u širem smislu, iako izdate akcije mogu biti obične akcije na osnovu kojih lojalni akcionari, na primer, nemaju pravo na više glasova. U tom smislu, otvara se pitanje priznavanja specijalnih prava ranije nagrađenih akcionara na osnovu naknadno stečenih akcija. Značajno je napomenuti da se modaliteti nagrađivanja lojalnih akcionara ne iscrpljuju samo u specijalnom pravu glasa i/ili pravu na dividendu. Nagrada se može sastojati u pojednostavljenoj proceduri za uvrštenje predloga u dnevni red za sednicu skupštine, a čak i u nagradi za prisustvovanje sednici, kao instrumentima za podsticanje akcionara da se više angažuju.[5] Ovde je reč o specijalnim pravima lojalnih akcionara kao specijalnim pomoćnim upravljačkim pravima. Da zaključimo, u širem smislu, akcija za lojalnost je svaka akcija koja daje specijalna prava akcionaru koji je okarakterisan kao lojalan, kao i akcija koju je akcionar stekao kao nagradu za lojalnost. Dakle, taj pojam obuhvata akcije koje se izdaju samo lojalnim akcionarima bilo besplatno ili na osnovu korišćenja varanta za lojalnost, kao i akcije koje nose glasove i dividende za lojalnost, ali i specijalna pomoćna upravljačka prava.

2.2. Glasovi za lojalnost – akcije za lojalnost u užem smislu

U svakom slučaju, vernost akcionara može se nagraditi na nivou glasačkih prava, a da se ne izdaju akcije sa različitim pravima glasa. To se

[4] Shearman & Sterling LLP, Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study, May 18, 2007, par. 3.2.1.

[5] A. Sacco Ginevri, 6 fn. 90.

može postići glasanjem prema trajanju svojstva vlasnika (eng. *time-phased voting*). Na primer, akcija može nositi jedan glas ukoliko je u posedu akcionara kraće od određenog vremenskog perioda, odnosno više glasova nakon isteka tog perioda.[6] Taj period se može nazvati periodom lojalnosti ili vernosti akcionara (eng. *loyalty period*).[7] Dakle, akcionari sa dužim svojstvom člana društva mogu biti nagrađeni sticanjem specijalnih prava protekom vremena. Specijalna prava koja lojalni akcionari na taj način stiču mogu biti različita. Nagrada se može sastojati u dodatnim glasovima za sva pitanja ili samo neka, kao i u dividendi za lojalnost.[8] Svakako da je specijalno pravo glasa najznačajnije u smislu upravljanja društvom. Takvo pravo je izuzetak od pravila jedna akcija – jedan glas, koje je prihvaćeno u mnogim državama, među kojima je i Srbija. Trajanje svojstva člana time dobija značaj, budući da je nagrađivanje mehanizam vezivanja člana za društvo. S druge strane, nagrađivanje vernih akcionara dodatnim glasovima ima i nedostatke. Neki od njih su povećanje agencijskih troškova zbog negativnog uticaja na mehanizme kontrole direktora, posebno imajući u vidu da su direktori često i akcionari, i efekat odvraćanja od preuzimanja, odnosno promene kontrole zbog neproporcionalnog broja glasova u odnosu na broj akcija lojalnih akcionara ako zakonom nisu predviđena posebna pravila.[9] Ipak, treba istaći da neprijateljska preuzimanja nisu uvek najbolji način za preuzimanje kontrole i da verni akcionari obično mogu sprečiti prodaju akcija po nižoj ceni jer bolje razumeju mogućnosti kompanije.[10] U svakom slučaju, sistem u kojem su dozvoljene akcije za lojalnost nije u velikoj meri drugačiji od sistema u kojem je dozvoljeno izdavanje akcija sa različitim glasačkim pravima.[11] Upravo bi se moglo reći da je glasačko pravo prema trajanju svojstva člana društva srednje rešenje između dve krajnosti – sistema u kojima važi pravilo jedna akcija – jedan glas i sistema u kojima je dozvoljeno izdavanje akcija koje daju različita prava glasa.[12] Imajući u vidu prethodne napomene, akcije za lojalnost u užem smislu nisu ništa drugo do specijalna prava koja lojalni akcionari imaju na osnovu običnih ili preferencijalnih akcija. Na kraju, treba još jednom napomenuti da se pod akcijama za lojalnost najčešće podrazumevaju specijalna prava glasa lojalnih akcionara, odnosno dodatni glasovi za lojalnost imalaca običnih akcija. Akcionari koji se odluče na ulaganje u vidu preferencijalnih akcija unapred se odriču uticaja na upravljanje društvom jer one ne daju pravo

[6] L. L. Dallas, J. M. Barry, 547.

[7] Jeroen Delvoie, Carl Clottens, „Accountability and short-termism: some notes on loyalty shares“, *Law and Financial Markets Review* 9(1)/2015, 20.

[8] Nagrada u formi dividendi za lojalnost nije posebno analizirana u ovom radu, budući da je reč o temi koja zavređuje da joj bude posvećen poseban rad.

[9] Vid. L. L. Dallas, J. M. Barry, 565–567.

[10] *Ibid.*, 569.

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*, 577.

glasa po pravilu već samo izuzetno, kada su ugrožena njihova ekonomska prava. Zbog toga ih nije potrebno dodatno stimulisati da glasaju u tim slučajevima, ali to ne treba ni zabraniti. Odgovarajuća nagrada lojalnim imaocima preferencijalnih akcija koja bi ih odvratila od prodaje akcija jeste nagrada ekonomske prirode.

3. LOJALNOST KAO USLOV ZA NAGRAĐIVANJE

Ključna odrednica za utvrđivanje koji akcionari mogu da budu nagrađeni jeste lojalnost privrednom društvu. Dakle, treba ustanoviti koji uslovi moraju da budu ispunjeni da bi se akcionar smatrao lojalnim. Označavanje pojedinih akcionara kao lojalnih ne znači da su ostali nelojalni već samo da ta lica ne ispunjavaju uslov za nagrađivanje. U tom kontekstu, bilo bi pogrešno smatrati da su lojalni akcionari samo oni koji postupaju u skladu sa dužnošću lojalnosti, odnosno u najboljem interesu privrednog društva, imajući u vidu da dužnost lojalnosti, odnosno posebne vrste dužnosti lojalnosti u našem pravu imaju samo kontrolni akcionari i akcionari sa značajnim kapital učešćem. Prema prirodi stvari, manjinski akcionari su oni koje treba podstaći na angažovanje nagrađivanjem njihove lojalnosti. Dakle, krug akcionara koji ispunjavaju uslove da budu nagrađeni ne treba u tom smislu sužavati. Dodatni uslov za nagrađivanje akcionara koji su lica sa posebnim dužnostima može biti postupanje u skladu sa dužnošću lojalnosti. Drugačije rečeno, trebalo bi predvideti da nagrađeni mogu biti samo oni koji nisu povredili neku od posebnih dužnosti ako je imaju. Postojanje povrede dužnosti podrazumeva da je to konstatovano pravnosnažnom sudskom odlukom. U suprotnom, nagrađivanje akcionara bi jedino moglo biti zabranjeno privremenom merom u postupku zbog povrede posebnih dužnosti. U svakom slučaju, mora da postoji opšti kriterijum koji se jednostavno može primeniti na sve akcionare. Podobno merilo je trajanje svojstva akcionara. Dobrodošlim ga čine merljivost u kvantitativnom smislu, jednostavnost primene i primenljivost na sve akcionare. Naime, vremenski kriterijum je najznačajniji, što ne znači da treba da bude i jedini. S druge strane, postupanje u skladu sa posebnim dužnostima je dodatni kvalitativni uslov jer se odnosi samo na akcionare koji imaju dužnost lojalnosti.

Investitori mogu biti okrenuti kratkoročnim, srednjoročnim ili dugoročnim ulaganjima. Akcionari sa malim procentom kapital učešća u društvu obično su okrenuti kratkoročnom ulaganju. S druge strane, veći procenat kapital učešća je obično garancija za dugoročnost, posebno imajući u vidu da je teže prodati veći paket akcija.[13] Takvo stanje stvari podrazumeva da je

[13] Vid. Mathias M. Siems, „With Great Power Comes Great Responsibility: Ideal and Real Types of Shareholders“, *Shareholders' duties* (ed. Hanne S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017, 77.

neophodno uzeti u obzir visinu kapital učešća u društvu, kao važan kriterijum za utvrđivanje postojanja obaveze lojalnosti i podelu akcionara prema tom kriterijumu. Osim visine kapital učešća, postoje i drugi kriterijumi prema kojima se mogu napraviti razne podele ulagača.[14] Ipak, teško je svrstati pojedine vrste ulagača prema tome da li su okrenuti dugoročnom ulaganju ili nisu, iako se neke pravilnosti mogu uočiti. Na primer, istraživanja pokazuju da su penzioni fondovi i društva za osiguranje obično okrenuti dugoročnom ulaganju, za razliku od investicionih fondova.[15]

Nemogućnost nagrađivanja dodatnim glasovima lojalnih akcionara, odnosno akcionara koji su okrenuti dugoročnim interesima društva, u sistemima u kojima je pravilo jedna akcija – jedan glas imperativno, jedan je od ključnih argumenata protiv imperativnosti tog pravila. Drugim rečima, treba dozvoliti odstupanje od tog pravila da bi se nagradili lojalni akcionari. Pri tome, treba imati u vidu da se nagrađivanjem lojalnih akcionara ne tretiraju nejednako akcionari koji su u istom položaju. Konkretno, iako se princip ili pravilo jednakog tretmana akcionara često pominje zajedno sa akcijama za lojalnost, jednak tretman akcionara se odnosi samo na one akcionare koji su u istom položaju – ne može se staviti znak jednakosti između jednakosti akcija i jednakosti akcionara.[16]

Osim pomenutih kriterijuma za utvrđivanje lojalnosti, dodatni kriterijum bi mogao biti i stepen angažovanja akcionara. Primena tog kriterijuma podrazumeva iskazivanje lojalnosti aktivnim učestvovanjem u radu sednice skupštine, pre svega glasanjem. Ako se glasanje shvati kao manifestacija lojalnosti, onda se može postaviti i kontrapitanje: da li treba da glasaju akcionari koji su tek stekli akcije?[17] Ukoliko bi se prihvatio stav da oni ne treba da glasaju, to bi od samog početka odvratilo od ulaganja investitore koji nameravaju da se angažuju. Od tog pitanja treba razdvojiti pojedinačne slučajeve suspenzije glasačkih prava, bilo da je reč o preventivnom ili kaznenom mehanizmu, budući da bi suspenzija glasačkih prava u određenom vremenskom periodu nakon sticanja akcija bila opšte pravilo koje važi za sve akcionare.[18]

[14] Tako se ulagači mogu podeliti na privatne i institucionalne (profesionalne), prema vrsti delatnosti kojom se bave, odnosno prema kriterijumu da li im je ulaganje osnovna delatnost, zatim na kvalifikovane (koji se takođe mogu nazvati profesionalnim ulagačima) i nestručne ulagače (tzv. laike) prema njihovom znanju o ulaganju u hartije od vrednosti, ali i na velike i male ulagače, prema obimu poslovanja hartijama od vrednosti. Vid. Nebojša Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd 2009, 150–153.

[15] Vid. više u Therese Strand, „An Economic View on Shareholder Duties in Corporate Governance", *Shareholders' duties* (ed. Hanne S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017, 63−64.

[16] Vid., na primer, J. Delvoie, C. Clottens, 24. Vid. više o pomenutoj razlici u Jelena Lepetić, „Jednak tretman akcionara – pravno pravilo ili princip", *Pravni život* 11/2018a, 37–38.

[17] J. Delvoie, C. Clottens, 23.

[18] Vid. više o suspenziji prava glasa u Jelena Lepetić, „Aktivizam akcionara", *Pravo i privreda* 10–12/2018b, 110–112.

Imajući u vidu da veća prava nose veće obaveze, može se postaviti pitanje ima li smisla predvideti obavezu akcionara da glasaju da bi dokazali lojalnost i uopšte bili podobni za nagrađivanje ili čak i sankciju, odnosno oduzimanje povlastica u vidu dodatnih glasova ukoliko je ne koriste. Obaveza glasanja, u teorijskom smislu, može se shvatiti kao deo fiducijarne dužnosti u pravnim sistemima koji ih poznaju u okviru kompanijskog prava. U teoriji se posebno raspravlja o postojanju obaveza glasanja institucionalnih investitora u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), dok je većinsko mišljenje u Velikoj Britaniji i Australiji da takva obaveza ne postoji.[19] U srpskom pravu, priroda posebnih dužnosti nije ista kao u anglosaksonskim pravnim sistemima, pa nema osnova za zastupanje stava da glasanje može biti obaveza akcionara, ako to nije zakonom predviđeno.[20] Ozbiljan razlog protiv uvođenja obaveze glasanja je činjenica da pravo glasa treba da se vrši na informisanoj osnovi, odnosno da je pravo na informisanje preduslov za vršenje prava glasa, što podrazumeva i povećanje troškova akcionara prilikom traženja informacija.[21] U tom smislu, ishod obaveze glasanja moglo bi da bude glasanje većeg broja neinformisanih u odnosu na informisane akcionare, što se može negativno odraziti na poslovanje društva.[22] Dakle, lojalnim akcionarima ne treba nametnuti obavezu da glasaju, ali im treba omogućiti da glasaju i utiču na upravljanje društvom u većoj meri. Da zaključimo, većinski je stav da je glasanje akcionara njihovo pravo a ne obaveza.[23]

Na akcionarima je da odluče da li će glasati ili izaći iz društva ako su nezadovoljni postupanjem uprave.[24] Stavljanje u izgled izlaska iz društva važno je sredstvo disciplinovanja uprave jer promena kontrole obično vodi do njene smene. Osim prava glasa i „pretnje" da će izaći iz društva, akcionar svoje nezadovoljstvo može iskazati i na druge načine, koji se takođe mogu smatrati angažovanjem. Reč je, pre svega, o neformalnim razgovorima sa upravom, ali i razmenom informacija sa drugim akcionarima.[25] Akcionari će se svakako odlučiti na izlazak iz društva kada procene da je za njih isplativije da ulože u drugo društvo.[26] Jedan od načina

---

[19] Hanne S. Birkmose, „You can Lead a Horse to Water, But can You Make it Drink? Institutional Shareholders and Corporate Voting", *European Business Law Review* 20/2009, 727.

[20] Više o fiducijarnim dužnostima u kompanijskom pravu vid. u J. Lepetić (2015), 96 i dalje.

[21] H. S. Birkmose, 735.

[22] Vid. *ibid.*, 736.

[23] *Ibid.*, 723.

[24] *Ibid.*, 725.

[25] Tim sredstvom angažovanja najčešće se služe institucionalni investitori. Dorothy S. Lund, „The Case against Passive Shareholder Voting", *Journal of Corporation Law* 43(3)/2018, 501.

[26] H. S. Birkmose, 724.

da se akcionar privoli da ne proda akcije jeste da se nagradi za vernost. Dodatne glasove u tom smislu treba shvatiti i kao pogodan instrument za disciplinovanje uprave. Imajući u vidu da glasanje nije jedini način angažovanja akcionara već da se aktivnost može izraziti i na druge načine (na primer, postavljanjem pitanja na sednici skupštine, vršenjem uvida u akta društva), stepen angažovanja svakog akcionara u radu društva pojedinačno nije jednostavno utvrditi. Zbog toga, stepen angažovanja akcionara nije potpuno podoban kriterijum za ocenu lojalnosti.

4. UPOREDNOPRAVNA REŠENJA

Procena lojalnosti isključivo na osnovu vremenskog kriterijuma, odnosno trajanja svojstva akcionara, podrazumeva promovisanje dugoročnih interesa privrednog društva i njegove održivosti. Značaj davanja prednosti dugoročnim nad kratkoročnim interesima na tržištu kapitala prepoznat je na nivou Evropske unije. O tome svedoči usvajanje Direktive br. 828/2017 o izmeni Direktive br. 36/2007 o podsticanju dugoročnog angažovanja akcionara.[27] Upravo je ekonomska kriza bila pokazatelj da su akcionari obično podržavali direktore u preuzimanju kratkoročnih rizika, kako je navedeno u recitalu 2 te Direktive. Iako je reč o Direktivi o dugoročnom angažovanju akcionara, u njoj nisu regulisani glasovi za lojalnost koji jesu instrument za podsticanje dugoročnog angažovanja akcionara. O značaju borbe protiv kratkoročnosti, odnosno kratkoročne perspektive na tržištu kapitala na nivou Evropske unije govori i novi Akcioni plan Evropske komisije: finansiranje održivog rasta iz 2018. godine.[28] Ipak, ni u njemu se ne pominju akcije za lojalnost.

Mogućnost nagrađivanja lojalnih akcionara dodatnim glasovima sama po sebi ne podrazumeva da je dozvoljeno izdavanje akcija koje daju pravo na više od jednog glasa. Naime, ono može da predstavlja manifestaciju pristupa koji podrazumeva vezivanje prava na više glasova po akciji isključivo za lojalne akcionare.[29] U svakom slučaju, glasovi za loj-

[27] Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, *OJ L* 132, 20. 5. 2017, 1–25. Više o pravima akcionara na nivou Evropske unije vid. u Mirko Vasiljević, Vuk Radović, Tatjana Jevremović Petrović, *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Beograd 2012, 179–213.

[28] Vid. Akcioni plan: finansiranje održivog rasta (*Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan: Financing Sustainable Growth*, COM/2018/097 final, Brussels, 8. 3. 2018), par. 4.2, meru 10 koja podrazumeva podsticanje održivog korporativnog upravljanja i sprečavanje kratkoročne perspektive na tržištima kapitala. Akcioni plan je dostupan na *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0097&from=EN*, 2. novembar 2018.

[29] Vid. A. Sacco Ginevri, 2.

alnost predstavljaju izuzetak od pravila da jedna akcija nosi jedan glas. Tako su, na primer, u francuskom pravu, akcije za lojalnost dozvoljene 1933. godine kao izuzetak od zabrane akcija koje daju pravo na više glasova.[30] Drugačije rečeno, nagrađivanje lojalnih akcionara moguće je i u sistemima koji su usvojili pravilo jedna akcija – jedan glas prilikom izdavanja akcija. Izdavanje akcija koje daju pravo na više od jednog glasa uobičajeno je u SAD-u, dok je to u Evropi ređe.[31] Paradoksalno, akcije za lojalnost su popularnije u Evropi nego u SAD-u.[32] Tako je nagrađivanje lojalnih akcionara dodatnim glasovima moguće u Francuskoj i u Italiji.

Pravo glasa koje varira prema trajanju svojstva akcionara je generalno dozvoljeno u SAD-u.[33] I druga prava akcionara u vezi sa pravom glasa takođe mogu da variraju prema istom kriterijumu. Tako, na primer, predlozi akcionara mogu biti uvršteni u proksi materijal nakon isteka jedne godine prema pravilu 14a-8 američke Komisije za trgovanje hartijama od vrednosti, dok akcionari mogu predložiti direktora nakon tri godine prema pravilu 14a-11.[34] S druge strane, prema pravilima o uključenju akcija na listing Njujorške berze, specijalna prava glasa koja se stiču protekom vremena u svojstvu akcionara postaju zabranjena nakon uključenja na listing, odnosno nagrađivanja koja utiču na pravo glasa izdavaoci ne smeju da odobre nakon uključenja na listing, ali je to izuzetno moguće ako berza proceni da je opravdano.[35]

U francuskom pravu dozvoljene su akcije za lojalnost – akcije sa dvostrukim pravom glasa, koje stiče akcionar koji je najmanje dve godine zakoniti imalac akcije, kada je to predviđeno aktima društva, a to se odnosi na akcije koje akcionar već poseduje ili akcije koje mu se kasnije besplatno izdaju.[36] Akcije sa dvostrukim pravom glasa dozvoljene su i u kotiranim društvima, osim kada je to isključeno statutom, nakon izmena Trgovačkog zakonika iz 2014. godine.[37] Dakle, za nekotirana društva važi da njihovim aktima mora da bude omogućen režim glasova za lojalnost da bi se pravilo o nagrađivanju primenjivalo, dok za kotirana društva pravilo važi automatski, ako društvo ne isključi njegovu primenu.[38] Zakonodavac

30 J. Delvoie, C. Clottens, 21.

31 Vid. Federico Cenzi Venezze, „The costs of control-enhancing mechanisms: how regulatory dualism can create value in the privatisation of state-owned firms in Europe“, *European Business Organization Law Review* 15(4)/2014, 4 (broj strana prema elektronskoj kopiji dostupnoj na bazi *Westlaw*).

32 Tamara C. Belinfanti, „Shareholder Cultivation and New Governance“, *Delaware Journal of Corporate Law* 3/2014, 847.

33 *Ibid*., 833.

34 A. Sacco Ginevri, 2–3.

35 T. C. Belinfanti, 833.

36 Vid. francuski Trgovački zakonik (*Code de Commerce*), Art. L. 225–123.

37 Francuski Trgovački zakonik Art. L. 225–123.

38 J. Delvoie, C. Clottens, 21.

predviđa kvantitativno ograničenje prema boju glasova, pa tako akcije koje akcionar poseduje bar dve godine mogu dati maksimalno dvostruko veći broj glasova, pri čemu su prava vezana za akcionara a ne za akcije.[39] Dakle, specijalno pravo glasa ne prenosi se sa akcijama.

Opšte je pravilo da se specijalna prava gube prenosom akcija, budući da se stiču protekom vremena. Prava koja daju akcije generalno se smatraju prenosivim pravima.[40] Specijalna prava su po pravilu vezana za akcionara koji je veran društvu, a ne za same akcije. S druge strane, od tog pravila postoje izuzeci. Naime, postoje slučajevi kada se akcije prenose zajedno sa specijalnim pravom glasa. Takav prenos je opravdan u slučaju prenosa akcija između povezanih lica, na primer u slučajevima nasleđivanja ili prenosa akcija između supružnika, odnosno razvoda ili naslednika u direktnoj liniji.[41] Takođe, dvostruko pravo glasa u francuskom pravu opstaje i u slučajevima statusnih promena, kada dvostruko pravo glasa zadržava odgovarajuće društvo, zavisno od vrste statusne promene.[42] S druge strane, ti izuzeci se ne odnose na dividende za lojalnost.[43] Na kraju, treba istaći da u francuskom pravu akcije za lojalnost, odnosno akcije koje daju specijalna prava glasa ili specijalna ekonomska prava lojalnim akcionarima, ne čine posebnu klasu akcija jer je reč o pravima vezanim za akcionare, a ne za akcije.[44]

Omogućavanje nagrađivanja lojalnosti je praktična potreba u kompanijskom pravu. O tome svedoče skorije izmene italijanskog zakonodavstva koje su usledile nakon poznatog slučaja prekograničnog spajanja, kada se italijansko akcionarsko društvo Fijat (*Fiat S.p.A.*) pripojilo svom zavisnom holandskom društvu. To prekogranično spajanje pripajanjem, koje se odigralo 2014. godine, bilo je, pre svega, rezultat nemogućnosti izdavanja akcija koje daju pravo na više glasova i nagrađivanja lojalnih akcionara u Italiji, što je, s druge strane, bilo moguće u Holandiji, pa je ubrzalo promenu italijanskog zakonodavstva.[45] Naime, iste godine izme-

---

39 Hans De Wulf, „Shares in EMCA: The Time is Ripe for True No Par Value Shares in the EU, and the 2nd Directive is Not an Obstacle", *European Company and Financial Law Review* 2/2016, 252.

40 Vid. više u Panagiotis Kon. Panagiotou, „The Disruption of the Principle of Indivisibility of the Share and the Assignment of Autonomous Voting Rights", *Company Lawyer* 36(3)/2015, 3 (broj strana prema elektronskoj verziji dostupnoj na bazi *Westlaw*).

41 Vid. Trgovinski zakonik, Art. L 225–124; A. Sacco Ginevri, 9, fn. 126.

42 *Ibid*.

43 J. Delvoie, C. Clottens, 21.

44 *Ibid*.

45 Vid. Augusto Santoro *et al*., „Deviations from the One Share – One Vote Principle in Italy: Recent Developments – Multiple Voting Rights Shares and Loyalty Shares", *Bocconi Legal Papers* 5/2015, 141–142. O sukobu zakona i prekograničnim spajanjima vid. u Tatjana Jevremović Petrović, *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, Beograd 2010, 48.

njen je italijanski Građanski zakonik (čl. 2351, st. 4).[46] Konkretno, nejavnim akcionarskim društvima je omogućeno da izdaju akcije koje nose više od jednog glasa, a javnim samo izuzetno, pri čemu su akcije za lojalnost dozvoljene u javnim društvima.[47] U italijanskom pravu najkraći rok za ostvarivanje povlastica je najmanje dve godine trajanje svojstva akcionara, pri čemu akcionar može imati najviše dva glasa po jednoj akciji.[48]

U pojedinim državama, nagrađivanje lojalnih akcionara nije regulisano, ali jeste deo prakse u poslovanju privrednih društava. Takav je slučaj u Holandiji, budući da u praksi postoje specijalna prava lojalnih akcionara iako akcije za lojalnost nisu predviđene zakonom, pri čemu, s druge strane, nisu ni zabranjene.[49] Na kraju, u pojedinim državama akcije za lojalnost nisu dozvoljene. One su zabranjene u Belgiji, imajući u vidu da je u toj zemlji pravilo jedna akcija – jedan glas imperativno.[50] Takođe, akcija ne može da daje pravo na više od jednog glasa u nemačkom pravu.[51]

5. PREPORUKE ZA REFORMU DOMAĆEG PRAVA

Tražeći svoj put u okvirima tranzicije, Srbija je predvidela stroga pravila o dužnostima akcionara koja su svojstvena anglosaksonskim pravnim sistemima. Lojalnost akcionara je tako postala uobičajena sintagma u kompanijskom pravu. Iako u srpskom kompanijskom pravu čak i akcionari sa značajnim kapital učešćem imaju posebne dužnosti prema privrednom društvu, zakonodavac ne ostavlja prostor za nagrađivanje lojalnosti. Osim što nije moguće izdavati akcije sa više glasova, nije moguće ni nagraditi lojalne akcionare dodatnim glasovima jer važi imperativno pravilo jedna akcija – jedan glas. Nagrađivanje lojalnih akcionara podrazumeva davanje prednosti dugoročnom stabilnom poslovanju u odnosu na kratkoročnu dobit koja može značiti i manji pritisak na direktore i osigurati postupanje u najboljem interesu društva.[52] Ukoliko srpski zakonodavac krene putem omogućavanja nagrađivanja lojalnih akcionara, čime bi promovisanje interesa privrednog društva bilo nastavljeno, biće potrebno izmeniti razne odredbe ne samo zakona kojim su regulisana privredna društva nego i zakona kojim su uređeni tržište kapitala i preuzimanje akcionarskih društava. Reč je o odredbama koje se odnose na prenos akcija

46 A. Santoro *et al*., 141–142.

47 *Ibid*., 143.

48 *Ibid*., 165.

49 J. Delvoie, C. Clottens, 21–22.

50 *Ibid*., 22.

51 Vid. nemački Zakon o akcijama (*Aktiengesetz – AktG*), čl. 12, st. 2.

52 A. Sacco Ginevri, 5.

i prava iz akcija, sticanje dodatnih akcija od strane lojalnih akcionara i na ponudu za preuzimanje akcionarskih društava. S druge strane, ne treba menjati odredbu o jednakom tretmanu akcionara u Zakonu o privrednim društvima. Nagrađivanje lojalnih akcionara je u skladu sa opštim principom o jednakom tretmanu akcionara jer se nagrađuju svi akcionari koji su u istom pravnom položaju. Naime, ono je ustanovljeno u interesu društva i proporcionalno uslovu za koji je vezano, pa u tom smislu ne utiče na sistem glasanja i prava drugih akcionara.[53]

Sloboda izbora kao manifestacija principa autonomije volje treba da bude ideja vodilja zakonodavca prilikom regulisanja tog pitanja.[54] Drugim rečima, akcionarima treba ostaviti izbor da odluče šta je za njih najbolje, odnosno da li žele da se sistem nagrađivanja lojalnih akcionara primeni u konkretnom društvu, da definišu period trajanja svojstva akcionara koji kvalifikuje akcionare za nagrađivanje i sam modalitet nagrađivanja. U tom kontekstu, može se postaviti pitanje da li za akcionare koji se nisu saglasili sa nagrađivanjem lojalnih akcionara dodatnim glasovima u određenom društvu treba predvideti pravo na izlazak iz društva, odnosno pravo nesaglasnih akcionara na otkup akcija kada se mogućnost nagrađivanja uvodi u društvo nakon njegovog osnivanja. S obzirom na to da nije reč o posebnoj klasi akcija već o specijalnim pravima koja može steći svaki imalac obične akcije, što treba razlikovati od situacije kada društvo donese odluku da izda akcije koje daju pravo na više glasova u zakonodavstvima u kojima je to dozvoljeno, odgovor bi trebalo da bude odričan.[55] Takođe, omogućavanje izlaska iz društva tim akcionarima moglo bi se negativno odraziti na društvo zbog potrebnih novčanih sredstava za isplatu tih akcionara.[56] Zakonodavac treba da predvidi najkraći period lojalnosti čiji istek kvalifikuje akcionara da bude nagrađen, ostavljajući mogućnost akcionarima da predvide duži rok. Dodatno, zakonodavac može ograničiti maksimalan broj glasova za lojalnost po jednoj akciji i ukupan broj glasova za lojalnost po akcionaru.

Kada je reč o prenosu akcija i prenosu prava iz akcija, prema Zakonu o privrednim društvima, na prenos prava iz akcija i ograničenja prava iz akcija primenjuje se Zakon o tržištu kapitala, koji promoviše neograničen prenos prava iz finansijskih instrumenata, osim kada je to zakonom zabranjeno.[57] Prava se prenose zajedno sa finansijskim instrumentom.[58]

[53] *Ibid*., 8.

[54] Tako i J. Delvoie, C. Clottens, 24.

[55] Takvo je rešenje prihvatio italijanski zakonodavac. A. Santoro *et al*., 166.

[56] Vid. kritički pogled na prava nesaglasnih akcionara generalno u Mirko Vasiljević, Vuk Radović, „Teorijske osnove prava nesaglasnih akcionara“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2017, 16–22.

[57] ZOPD, čl. 248; Zakon o tržištu kapitala – ZOTK, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 112/2015 i 108/2016, čl. 6, st. 1.

[58] ZOTK, čl. 228, st. 2

Zbog toga treba precizirati da se specijalna prava za vernost ne prenose zajedno sa akcijama već prestaju. Izuzetke takođe treba predvideti po ugledu na francusko rešenje.

Osim pitanja opstanka specijalnih prava u slučajevima prenosa akcija, važno je odgovoriti i na pitanje da li se specijalna prava odnose i na akcije koje naknadno stekne akcionar koji ima specijalno pravo glasa po osnovu lojalnosti. Drugim rečima, da li i novostečene akcije istog društva treba da daju specijalno pravo glasa tom akcionaru.[59] Imajući u vidu da je reč o dokazano vernom akcionaru, nema razloga ne priznati mu specijalna prava na osnovu novih akcija.[60] Takav stav opravdava činjenica da se specijalna prava lojalnih akcionara ne vezuju za akcije već za njih same. S druge strane, treba imati u vidu da je glavni cilj nagrađivanja lojalnih akcionara podsticanje manjinskih akcionara na veće angažovanje. Ukoliko sticanjem akcija akcionar prestane da bude manjinski, ta svrha nagrađivanja neće biti ostvarena. Naime, kontrolni akcionari su, prema prirodi stvari, zainteresovani za upravljanje društvom i u tom smislu angažovani. Taj problem se adekvatno rešava predviđanjem maksimalnog broja glasova za lojalnost koje može imati jedan akcionar.

Sledeće važno pitanje odnosi se na obavezu objavljivanja ponude za preuzimanje koju bi mogao imati lojalni akcionar kao posledicu nagrađivanja. Sticanje dodatnih glasova ne treba izjednačiti sa sticanjem akcija, pa pravilo o obaveznom objavljivanju ponude ne treba primeniti. Takođe, akcije i varanti koji su izdati za lojalnost kao nagrada lojalnim akcionarima treba da budu izuzeti od opšteg pravila o obaveznom objavljivanju ponude za preuzimanje. Nagrada bi se pretvorila u omču oko vrata lojalnom akcionaru ako bi se to pravilo primenilo bez izuzetka. Bez pravilnog tretmana, izvesnost nagrađivanja postala bi motiv za prodaju akcija pre isteka tzv. perioda lojalnosti. Dodatno, specijalna prava glasa trebalo bi da budu suspendovana kada se odlučuje o merama odbrane o preuzimanju, kao i na prvoj sednici skupštine nakon preuzimanja, da bi preuzimalac mogao da promeni akte društva ili da imenuje, odnosno razreši članove uprave, ako se zakonodavac opredeli da suštinski prihvati tzv. pravilo o probijanju. S druge strane, pravilom o probijanju iz Direktive br. 25/2004 o ponudama za preuzimanje nisu obuhvaćene akcije za lojalnost, odnosno akcije koje protekom vremena daju više glasova lojalnom akcionaru, a koje ne čine posebnu klasu akcija.[61]

---

59 A. Sacco Ginevri, 10.

60 *Ibid*.

61 Thomas Papadopoulos, „Legal Aspects of the Breakthrough Rule of the European Takeover Bid Directive“, *Takeover Regulation: A Legal Approach*, Icfai Books, Icfai University Press (IUP), Icfai University, 2008, 7, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1114671*, 20. decembar 2018; Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L* 142, 30. 4. 2004,

Uvođenje nagrađivanja lojalnih akcionara kojim jača pravo glasa u društvima u kojima postoji akcionar sa visokim procentom kapital učešća može se svesti na mehanizam jačanja kontrole. Zbog toga, prilikom donošenja odluke o dozvoljavanju nagrađivanja lojalnih akcionara u konkretnom društvu fokus mora da bude na većini koja je neophodna da bi odluka bila usvojena, odnosno na većini koja je potrebna za primenu pravila o nagrađivanju. Prema tome, treba insistirati na većoj većini od obične za donošenje ove odluke. Veća većina garantuje zaštitu manjinskih akcionara, čak i u slučajevima kada se nagrada sastoji u izdavanju varanata za lojalnost, imajući u vidu da samo većinski akcionari mogu, na primer, biti zainteresovani za nove akcije.[62] Period lojalnosti bi trebalo da obuhvata samo period u kojem je akcionar zakoniti imalac akcije i tokom kojeg akcije nije dao u zajam. Ako se, na primer, lojalnost nagrađuje varantom za lojalnost, zajam akcija bi trebalo da podrazumeva da prava iz varanta prestaju.[63] U svakom slučaju, uvođenje mogućnosti nagrađivanja akcionara dodatnim glasovima ograničava moć uprave koja po pravilu raste sa apatijom akcionara. Može se očekivati da bi na taj način akcionari bili odvraćeni od prodaje svojih akcija, čime bi bio afirmisan dugoročni interes privrednog društva.

6. ZAKLJUČAK

Akcije za lojalnost se obično definišu kao akcije koje daju pravo na više glasova iako je u pravnom smislu reč o specijalnim pravima glasa akcionara, odnosno o glasovima za lojalnost koje akcije daju lojalnim akcionarima, što je ujedno i definicija akcija za lojalnost u užem smislu. U širem smislu, taj pojam obuhvata različite modalitete nagrađivanja lojalnih akcionara. Nagrada lojalnim akcionarima se može sastojati u dodatnim glasovima, dodatnoj dividendi, specijalnim pravima u vezi sa procedurom za uvrštenje predloga u dnevni red za sednicu skupštine, specijalnim pravima na nagradu za prisustvovanje sednici, varantima za lojalnost i besplatnim akcijama. U akcije za lojalnost u širem smislu spadaju akcije koje daju specijalna prava lojalnom akcionaru i akcije koje su akcionaru izdate za lojalnost. S druge strane, akcije za lojalnost u užem smislu nisu ništa drugo do specijalna prava koja lojalni akcionari imaju na osnovu akcija. Pod akcijama za lojalnost se najčešće podrazumevaju specijalna prava glasa lojalnih akcionara, odnosno dodatni glasovi za lojalnost koje daju obične akcije čiji je imalac lojalni akcionar.

12–23. Više o pravilu probijanja vid. u Vuk Radović, *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Beograd 2008, 219–254.

62 Vid. Patrick Bolton, Frédéric Samama, „Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors", *Journal of Applied Corporate Finance* 25(3)/2013, 44.

63 Vid. *ibid*., 46.

Nagrađivanje lojalnosti akcionara je aktuelna tema u kompanijskom pravu na svetskom nivou. Na evropskom kontinentu, u skorije vreme su reformisana pojedina zakonodavstva, što je, pre svega, rezultat praktične potrebe u vremenu u kojem su prekogranične promene sedišta i prekogranična spajanja društava redovna pojava. Imajući u vidu da je u srpskom pravu imperativno pravilo jedna akcija – jedan glas, nagrađivanje lojalnosti dodatnim glasovima nije dozvoljeno. Reforma domaćeg prava je u tom pogledu poželjna iz više razloga. Prvi je potreba popularizovanja forme akcionarskih društava pridavanjem značaja principu autonomije volje. Akcionarima treba ostaviti mogućnost da odluče da li će se pravilo o nagrađivanju lojalnih akcionara primenjivati ili neće. Fokus mora da bude na većini koja je neophodna da bi odluka bila usvojena na sednici skupštine akcionara. Potrebna većina za donošenje odluke o uključenju ili isključenju pravila o nagrađivanju lojalnih akcionara treba da bude kvalifikovana da bi se adekvatno zaštitili manjinski akcionari. Omogućavanje nagrađivanja lojalnih akcionara dodatnim glasovima pospešilo bi aktivizam akcionara koji je prepoznat kao važan cilj u modernom korporativnom upravljanju. Reforma domaćeg prava bi omogućila da lojalnost ne bude samo obaveza određenih članova društva već i uslov za nagrađivanje svih akcionara, što bi ih podstaklo da se dugotrajnije vežu za društvo i odvratilo ih od prodaje akcija. Naime, pravilo o nagrađivanju lojalnih akcionara bi doprinelo promovisanju interesa privrednog društva koji je prepoznat kao poseban interes u našem pravu.

Nagrađivanje lojalnih akcionara dodatnim glasovima samo po sebi ne bi značilo prihvatanje sistema u kojem je dozvoljeno izdavanje akcija sa različitim brojem glasova. Naime, izdavanje akcija koje daju pravo na više glasova, a koje bi činile klasu običnih akcija i dalje bi bilo zabranjeno. S druge strane, pravilo jedna akcija – jedan glas više ne bi bilo imperativno, ali bi i dalje bilo načelno prihvaćeno. Rešenje da pravo glasa zavisi od trajanja svojstva akcionara društva predstavlja srednje rešenje između dve krajnosti – sistema u kojima važi pravilo jedna akcija – jedan glas i sistema u kojima je dozvoljeno izdavanje akcija koje daju različita prava glasa.

Određenje lojalnosti kao uslova za nagrađivanje ključno je za regulisanje ovog pitanja. Lojalnost prvenstveno treba određivati prema trajanju svojstva akcionara jednog privrednog društva. Procena lojalnosti na osnovu vremenskog kriterijuma je jednostavna i podrazumeva promovisanje dugoročnih interesa privrednog društva i njegove održivosti. Upravo je taj pristup u skladu sa ciljevima Direktive br. 828/2017 o podsticanju dugoročnog angažovanja akcionara, kojom je data prednost dugoročnim nad kratkoročnim interesima na tržištu kapitala na nivou Evropske unije. Period lojalnosti bi trebalo da obuhvata samo period u kojem je akcionar zakoniti imalac akcije i tokom kojeg akciju nije dao u zajam. Dodatni kriterijum bi bilo postupanje u skladu sa dužnošću lojalnosti za akciona-

re koji tu dužnost imaju, a eventualno i stepen angažovanja akcionara u pogledu glasanja.

Zakonodavac može predvideti razna kvantitativna i kvalitativna ograničenja nagrađivanja dodatnim glasovima. Tako se može ograničiti broj glasova po akciji ili ukupan broj glasova po akcionaru na osnovu lojalnosti, ali i prema predmetu glasanja, pa se specijalno pravo glasa može odnositi samo na pojedina pitanja. Ukoliko zakonodavac krene putem reformi, osim unošenja nove odredbe o nagrađivanju, biće neophodno promeniti odredbe o prenosu akcija i prava iz akcija, sticanju dodatnih akcija od strane lojalnih akcionara i o preuzimanju akcionarskih društava, koje se nalaze u različitim zakonima. Konkretno, treba precizirati da se specijalna prava za vernost ne prenose zajedno sa akcijama već da prestaju, osim u taksativno predviđenim slučajevima. Lojalnim akcionarima treba priznati specijalna prava i iz novih akcija budući da se specijalna prava vezuju za akcionare, a ne za akcije. Akcije za lojalnost treba da budu izuzete od pravila o obaveznoj javnoj ponudi za preuzimanje, pri čemu svaka akcija treba da daje jedan glas na sednici skupštine na kojoj se odlučuje o merama odbrane od preuzimanja, kao i na prvoj sednici skupštine nakon preuzimanja. Ta reforma domaćeg prava može biti prvi korak ka uvođenju neproporcionalnog glasačkog sistema u akcionarskim društvima, odnosno sistema u kojem je dozvoljeno izdavanje akcija koje daju pravo na više od jednog glasa, ili ostati trajno rešenje.

LITERATURA (REFERENCES)

Belinfanti, T. C., „Shareholder Cultivation and New Governance“, *Delaware Journal of Corporate Law* 3/2014.

Birkmose, H. S., „You can Lead a Horse to Water, But can You Make it Drink? Institutional Shareholders and Corporate Voting“, *European Business Law Review* 20/2009.

Bolton, P., Samama, F., „Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors“, *Journal of Applied Corporate Finance* 25(3)/2013.

Cenzi Venezze, F., „The costs of control-enhancing mechanisms: how regulatory dualism can create value in the priva.tisation of state-owned firms in Europe“, *European Business Organization Law Review* 15(4)/2014.

Dallas, L. L., Barry, J. M., „Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting“, *Delaware Journal of Corporate Law* 40/2016.

De Wulf, H., „Shares in EMCA: The Time is Ripe for True No Par Value Shares in the EU, and the 2nd Directive is Not an Obstacle“, *European Company and Financial Law Review* 2/2016.

Delvoie, J., Clottens, C., „Accountability and short-termism: some notes on loyalty shares“, *Law and Financial Markets Review* 9(1)/2015.

Jevremović Petrović, T., *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, Beograd 2010.

Jovanović, N., *Berzansko pravo*, Beograd 2009.

Lepetić, J., *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – dužnost lojalnosti*, Beograd 2015.

Lepetić, J., „Jednak tretman akcionara – pravno pravilo ili princip“, *Pravni život* 11/2018.

Lepetić, J., „Aktivizam akcionara“, *Pravo i privreda* 10–12/2018.

Lund, D. S., „The Case against Passive Shareholder Voting“, *Journal of Corporation Law* 43(3)/2018.

Panagiotou, P. Kon., „The Disruption of the Principle of Indivisibility of the Share and the Assignment of Autonomous Voting Rights“, *Company Lawyer* 36(3)/2015.

Papadopoulos, T., „Legal Aspects of the Breakthrough Rule of the European Takeover Bid Directive“, *Takeover Regulation: A Legal Approach*, Icfai Books, Icfai University Press (IUP), Icfai University, 2008.

Radović, V., *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Beograd 2008.

Sacco Ginevri, A., „The rise of long-term minority shareholders’ rights in publicly held corporations and its effect on corporate governance“, *European Business Organization Law Review* 12(4)/2011.

Santoro, A. *et al*., „Deviations from the One Share – One Vote Principle in Italy: Recent Developments – Multiple Voting Rights Shares and Loyalty Shares“, *Bocconi Legal Papers* 5/2015.

Siems, M. M., „With Great Power Comes Great Responsibility: Ideal and Real Types of Shareholders“, *Shareholders’ duties* (ed. H. S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017.

Strand, T., „An Economic View on Shareholder Duties in Corporate Governance“, *Shareholders’ duties* (ed. H. S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017.

Vasiljević, M., Radović, V., Jevremović Petrović, T., *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Beograd 2012.

Vasiljević, M., Radović, V., „Teorijske osnove prava nesaglasnih akcionara“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2017.

Jelena Lepetić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

MULTIPLE VOTES AS A REWARD TO LOYAL SHAREHOLDERS: A REFORM PROPOSAL

Summary

In this paper, the author analyses shareholders' multiple voting rights as a reward for their loyalty. Firstly, the definition of loyalty shares is provided both in the narrow and wider sense. Furthermore, the notion of loyalty as a condition for being rewarded, as well as the criteria for determining loyalty in company law, is specially examined. Bearing in mind the solutions in representative comparative legal systems, the author proposes the reform of national company law. Finally, the author points to the fact that the reward provision should be included in the Serbian Companies Act while the relevant provisions of the Capital Market Act and Takeover Act should be amended in order to allow successful reform. Implementation of the reform would allow loyalty in company law, not only linked to special duties, but also to special rights that a shareholder can acquire as a reward for loyalty to the company.

Key words: *Loyalty shares. – Loyal shareholders. – Shareholders' voting rights*.

Article history:
Received: 10. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

UDK 347.232.4

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901168D

Dr Katarina Dolović Bojić*

ODRŽAJ KAO NAČIN STICANJA PRAVA SVOJINE NA NEPOKRETNOSTI**

Cilj ovog rada je da se odredi domen primene instituta održaja, to jest da se nađe odgovor na pitanje u kojim je to situacijama u praksi moguće ispuniti uslove koje zakonodavac zahteva te steći pravo svojine na ovaj način. Do odgovora na to pitanje doći ćemo analizom sudske prakse. S druge strane, predmet rada neće biti ograničen analizom prakse domaćih sudova već ćemo u radu analizirati i tekstove pojedinih nacrta zakonika koji sadrže odredbe posvećene održaju, kao i rešenja sadržana u uporednom pravu, sa ciljem da ih uporedimo sa pozitivnim pravom naše zemlje.

U radu će se otvoriti pitanje opravdanosti, ali i potrebe za postojanjem instituta održaja u savremenom pravu, te pitanje mogućnosti postojanja savesnosti kao neophodnog uslova za sticanje svojine održajem u svetlu uredno vođenih registara nepokretnosti.

Svakako najsuptilnije pitanje koje se nužno nameće na sam pomen održaja jeste opravdanost ovog instituta u svetlu ideje o nepovredivosti prava svojine.

Ključne reči: *Održaj. – Državina. – Pravo svojine. – Savesnost. – Načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti.*

---

* Autorka je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*.

** Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu *Identitetski preobražaj Srbije* za 2019. godinu.

1. UVOD

Po pravilu, vlasnik je istovremeno i držalac stvari.[1] Državina je, dakle, pretpostavka prava svojine, „pošto je u beskrajnoj množini slučajeva držalac doista ujedno vlasnik".[2] Izuzeci se, po pravilu, odnose ili na uzurpaciju prava svojine ili na držaoca koji veruje da je vlasnik (izvan toga ostaju situacije kada se stvar drži, pri čemu držalac zna da nije vlasnik, a nije ni uzurpirao ničije pravo svojine – na primer, držanje nađene stvari, zakup, posluga...). Naše pravo samo u drugom slučaju pruža zaštitu te držaocu daje šansu da ipak postane titular prava primenom instituta održaja.

Pravo svojine se ne može izgubiti prostim nevršenjem.[3] U suprotnom, to bi bila obaveza, a ne pravo. Stoga stari vlasnik ne može izgubiti pravo samo zbog toga što ga nije vršio već samo u slučaju da je na njegovoj stvari novi sticalac originarno stekao pravo svojine, jer na istoj stvari ne mogu istovremeno postojati dva isključiva vlasnika.[4] Prema tome, to što se titular nije koristio svojim pravom određeno vreme nije dovoljno za primenu instituta održaja, već istovremeno moraju da postoje i neaktivnost na strani titulara prava svojine i državina određenog kvaliteta u propisanom vremenskom periodu, s druge strane, da bi se moglo govoriti o održaju kao načinu sticanja svojine.[5] Dakle, ključnu ulogu za ideju održaja i pretvaranje državine u subjektivno pravo[6] ima vreme kao pravna činjenica.[7]

Sticanje od nevlasnika predstavlja odstupanje od brojnih pravila građanskog prava. Postoji i konflikt individualnog i kolektivnog interesa.[8] Stoga se postavlja pitanje da li je postojanje instituta održaja opravdano. Tačnije, koji je to interes toliko bitan da bi njegova zaštita opravdavala favorizovanje držaoca u odnosu na vlasnika. Pođemo li od činjenice da je svojina[9] najapsolutnije[10] stvarno pravo zaštićeno domaćim i međunarod-

[1] Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les Biens*, Paris 2010, 165.

[2] Vladimir Vodinelić, *Državina, Pojam, priroda, zaštita i razlog zaštite*, Beograd 2015, 107.

[3] Umesto mnogih vid. Marie-Laure Mathieu, *Droits biens*, Paris 2013, 327.

[4] Martin Vedriš, Petar Klarić, *Osnove imovinskog prava*, Zagreb 1983, 193.

[5] Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, Les Biens, *Traite de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris 2010, 238.

[6] Nikola Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb 1990, 158.

[7] „Vreme kao pravna činjenica ima određenog uticaja i izaziva ne samo pravne posledice u obligacionom pravu kod zastarelosti potraživanja već i u stvarnom pravu kod održaja." Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac 1998, 136.

[8] Duško Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka 2016, 62.

[9] O pojmu svojine vid. i: Simon Gardner with Emily MacKenzie, *An Introduction To Land Law*, Oxford 2012, 181; Roger J. Smith, *Property Law*, New York 1998, 6.

[10] Vid., na primer, čl. 544 francuskog Građanskog zakonika.

nim aktima,[11] neprikosnoveno pravo,[12] koji bi to razlozi opravdavali ideju „bolje nepravda nego nered".[13]

Uprkos ideji o svojini kao najapsolutnijem i neprikosnovenom pravu, nesporno je da se može govoriti o njenom ograničenju i opterećenju.[14] Međutim, institut održaja ostaje daleko od tih pojmova, odnosno ne može se podvesti ni pod ograničenje ni pod opterećenje svojine. Kako se onda opravdava favorizovanje državine nad svojinom?

Pojedini autori smatraju da je održaj ustanova društvenog poretka čiji je cilj da „iskristališe" situaciju, te da je u opštem interesu da se fakt i pravo podudaraju.[15] U istom pravcu idu i oni koji dodaju da je institut održaja nepravedan samo na prvi pogled, da je nesporno da ima mana, ali da je to cena koja mora biti plaćena zarad viših ciljeva.[16] Praksa naših sudova zasnovana je na sličnom stavu, te sudovi u odlukama u kojima se pozivaju na institut održaja navode da je u pitanju „ustanova od opšteg interesa, jer se pretvaranjem faktičkog stanja u pravno ostvaruje društvena potreba za izvesnošću u pravnim odnosima".[17]

Mada, koliko god se činilo da je teško naći opravdanje za postojanje instituta održaja, čini se da je još teže naći, ako pođemo od pretpostavke o uredno vođenim javnim registrima, situacije u kojima bi bili ispunjeni uslovi za sticanje prava svojine održajem, u svetlu pozitivnopravnih rešenja u našoj zemlji. Trebalo bi stoga otvoriti i pitanje ima li mesta održaju kao načinu sticanja svojine, na način kako je taj institut regulisan Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa[18], te ispitati opravdanost za opstanak tog načina sticanja svojine na nepokretnostima, s jedne strane, ali i adekvatnost propisanih uslova za njegovu primenu, s druge strane.

---

11 Više o ovome vid. Dragor Hiber, „Pravo na mirno uživanje imovine, oblici njegovog ugrožavanja i mogućnost ponovnog uspostavljanja u jugoslovenskom pravu", *Pravo ljudskih prava* (prir. Konstantin Obradović, Milan Paunović), Beograd 1996, 203–227.

12 Marija Toroman, „Pravo svojine u uporednom zakonodavstvu", *Strani pravni život* 44/1964, 4.

13 Gabriel Marty, Pierre Raynaud par Patrice Jourdain, *Les Biens*, Paris 1995, 184.

14 O neophodnosti razgraničenja pojmova ograničenja i opterećenja prava svojine vid. Katarina Dolović, „Susedsko pravo: pojam, karakteristike i odnos prema stvarnim službenostima", *Strani pravni život* 3/2012.

15 Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, 238–239.

16 Frederic Zenati, *Droit Civil*, *Les Biens*, Paris 1988, 321.

17 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž. 14084/10 od 3. decembra 2010, *Intermex* sudska praksa.

18 Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa – ZOSO, *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS* br. 115/2005 – dr. zakon.

2. INSTITUT ODRŽAJA U POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa posvećuje samo dva člana održaju kao originarnom načinu sticanja prava svojine. Naime, njegovim čl. 28 propisani su uslovi za sticanje prava svojine održajem, kako za pokretne tako i za nepokretne stvari. Uslovi u pogledu kvaliteta državine se ne razlikuju, odnosno zakonodavac predviđa i redovni i vanredni održaj u oba slučaja. Razlikuju se rokovi.

U pomenutom čl. 28 zakonodavac posvećuje dva stava nepokretnim stvarima. Stavom 2 propisano je da „savestan i zakoniti držalac nepokretne stvari, na kojoj drugi ima pravo svojine, stiče pravo na toj stvari održajem protekom deset godina". Istim članom, st. 4, propisano je da „savestan držalac nepokretne stvari, na kojoj drugi ima pravo svojine, stiče pravo svojine na toj stvari održajem protekom 20 godina". Kako je čl. 29 ZOSO brisan, taj zakon održaju posvećuje još samo jedan član, čl. 30, kojim je regulisano pitanje početka, isteka rokova, uračunavanja vremena, prekida i zastoja.

Iako su kvaliteti državine, to jest zakonitost, savesnost i nemanljivost, uslovi za sticanje prava svojine redovnim održajem, njihovu definiciju nalazimo tek u Glavi V ZOSO (koja je posvećena državini), tačnije čl. 72. U čl. 72, st. 1 pod zakonitom državinom podrazumeva se ona državina koja se zasniva na punovažnom pravnom osnovu koji je potreban za sticanje prava svojine i ako nije pribavljena silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja, dok se u st. 2 savesna državina definiše kao ona kada držalac ne zna ili ne može znati da stvar koju drži nije njegova. Citirani član zaslužuje bar tri, najblaže rečeno, kritike, što je i nesporno u teoriji. To iz razloga što se definicije kvaliteta državine nalaze u glavi koja je posvećena državini, a ne svojini, te bi se stoga moglo očekivati da pomenute definicije budu uopštenije, te da se ne svode na svojinsku državinu. Prvo, zakonodavac pojam zakonite državine[19] svodi na pojam zakonite svojinske državine, što je netačno. Naime, državina može biti zakonita a da nije svojinska već državina prava. Druga kritika je da zakonodavac pogrešno smatra da je uslov zakonitosti i to da državina nije manljiva. To je pogrešno zbog toga što državina može biti zakonita a prava, kao i zakonita manljiva. Naime, državina se, prema kriterijumu njene pravne zasnovanosti, deli na zakonitu i nezakonitu, a prema kriterijumu načina na koji je pribavljena, na pravu i manljivu.[20] Jedino opravdanje za takvo

---

[19] Za vanredni održaj zakonitost se ne zahteva, ali ona ulazi u pojam savesnosti državine. Takođe, zakonitost se ne zahteva ni za održaj stvarnih službenosti, budući da zakonodavac ne razlikuje redovni i vanredni održaj stvarnih službenosti, već uz pravu državinu zahteva još samo protek roka od dvadeset godina.

[20] Staniša Paunović, „Održaj (Usucapio)", *Branič, Časopis Advokatske komore Srbije* 1–2/2008, 135.

zakonodavno rešenje moglo bi biti u tome što je zakonodavac na tom mestu imao u vidu samo redovni održaj kao način sticanja prava svojine, za koji se zahteva i zakonitost i nemanljivost državine, te je istovremeno izrazio stav da u slučaju vanrednog održaja (što smatramo diskutabilnim) prava državina nije uslov sticanja prava svojine. Ukoliko bi se to objašnjenje prihvatilo, ono bi dovelo do još jedne kritike tog člana, koja bi se sastojala u tome što se čl. 72, koji bi trebalo da bude opšti član za institut održaja, može primeniti samo na situacije sticanja svojine održajem, a ne i na stvarne službenosti, jer se za njih zahteva samo prava državina i protek roka (jer tada ne bismo poznavali pojam prave državine kao odvojen od šireg pojma zakonite državine). Treća kritika se odnosi na definiciju savesnosti koju zakonodavac ponovo nepotrebno sužava samo na državinu stvari, zaobilazeći tako situaciju savesne državine prava.

Iako ne spadaju u deo našeg pozitivnog prava[21], nije naodmet pomenuti ni rešenja sadržana u Nacrtu zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima[22] i Nacrtu građanskog zakonika Republike Srbije[23]. Naime, Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima daleko detaljnije reguliše institut održaja kao načina sticanja prava svojine, tačnije deset članova je posvećeno pitanju sticanja svojine održajem. Prva novina u odnosu na ZOSO jeste ta što Nacrt poznaje tri vrste održaja, koji se među sobom razlikuju po uslovima za kvalitet državine, s jedne strane, ali i dužini rokova, s druge strane. Kako su predmet našeg interesovanja nepokretne stvari, pažnju ćemo posvetiti pre svega čl. 122 Nacrta, kojim je propisano da svojinu nepokretne stvari stiče: 1. savesni, zakoniti i ispravni držalac koji deset godina vrši svojinsku državinu; 2 savesni i zakoniti ili savesni i ispravni držalac koji je vrši petnaest godina, odnosno 3. savesni držalac koji je vrši dvadeset godina. Za sticanje svojine na pokretnim stvarima predviđeni su isti uslovi za kvalitet državine, a razlika postoji samo u dužini propisanih rokova.[24]

Nacrt građanskog zakonika Republike Srbije u Knjizi trećoj (Stvarno pravo) posvećuje održaju Četvrtu glavu, tačnije deset članova. Nacrt građanskog zakonika ne odstupa od teksta ZOSO kada su u pitanju uslovi za sticanje svojine redovnim i vanrednim održajem. Nova vrsta održaja

21 Posmatramo li institut održaja i istorijskopravno, videćemo da srpski Građanski zakonik (SGZ) o održaju govori u Glavi VI, koju naslovljava „O zastarelosti", pa u čl. 922 definiše zastarelost kao „opredeljenje zakona, po kome jedan zbog neupotrebljenja za neko podužе vreme pravo gubi, a drugi sa samim upotrebljenjem dobiva i pribavlja". U čl. 926 i 927 se za sticanje svojine održajem zahteva zakonita, savesna i prava državina, dok su u čl. 928 i 929 propisani rokovi, i to tri godine za pokretne stvari, a deset godina, odnosno dvadeset četiri godine za nepokretne stvari.

22 *https://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html*, 14. septembar 2018.

23 *https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf*, 14. septembar 2018.

24 Čl. 121 Nacrta zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

uvedena je čl. 1724 Nacrta. U pitanju je tzv. apsolutni održaj[25] koji podrazumeva sticanje svojine održajem na stvarima u svojini Republike Srbije, autonomne pokrajine, jedinice lokalne uprave i uprave, crkava i verskih zajednica.[26]

S obzirom na značaj koji ima upis prava svojine stečene održajem, neophodno je pomenuti i odredbe Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.[27] Naime, čl. 3 tog zakona propisano je da se u „slučajevima određenim zakonom, svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima i vodovima mogu steći i pre upisa u katastar, ali da i tada tek upisom proizvode pravno dejstvo prema trećim savesnim licima". U slučaju sticanja svojine održajem, upis u katastar nepokretnosti nema konstitutivno već deklarativno dejstvo, što znači da upis ima samo značaj publikovanja prava, odnosno da se tek od trenutka upisa održajem stečeno pravo svojine može suprotstaviti trećim licima. S druge strane, pravo svojine se stiče trenutkom ispunjenja svih uslova predviđenih ZOSO, tačnije istekom roka, odnosno protekom vremena u kojem je držalac imao državinu određenog kvaliteta. U pitanju je, dakle, tzv. vanknjižna svojina[28] koja postaje „knjižna" tek trenutkom upisa. Tako Vrhovni sud Srbije u jednoj odluci[29] navodi da se „po samom zakonu održajem stiče pravo svojine na nepokretnoj stvari u trenutku kada nastupe one pravne činjenice na koje zakon nadovezuje neposredno sticanje prava svojine, pa upis tako stečene svojine u zemljišne knjige na osnovu utvrđujuće presude ima deklarativno dejstvo a ne konstitutivni karakter".[30] Dakle, sam upis u katastar nepokretnosti ne može sticaocu dati ništa više od onoga što je već stekao.[31]

---

[25] Slično se predviđa i u SGZ, u čl. 931: „U smotrenju onih dobara, koja ili Praviteljstvu ili crkvi, ili opštinama prinadleže, za koja su osobiti upravitelji i rukovatelji opredeljeni, iziskuje se za zastarelost duže nego obično vreme; tako za prokretne stvari 6 godina, za nepokretna dobra, ako su na ime pritežaočevo u baštinske knjige uvedena, iziskuje se 12 godina, ako li u knjige baštinske na ime pritežaočevo uvedena nisu, ište se 36 godina."

[26] Rokovi se razlikuju zavisno od toga da li je reč o pokretnim (šest godina/dvadeset godina) ili nepokretnim stvarima (dvadeset godina/četrdeset godina), odnosno zavisno od vrste održaja, to jest zahtevanih kvaliteta državine). Taj član predstavlja alternativu čl. 1723 kojim je propisano ograničenje sticanju svojine održajem, u smislu što se održajem ne može steći pravo svojine na javnim dobrima i stvarima izvan pravnog prometa.

[27] Zakon o postupku upisa prava u katastar nepokretnosti i vodova, *Službeni glasnik RS*, br. 41 od 31. maja 2018.

[28] Više o pojmu vanknjižne svojine vid. Katarina Dolović, „Savesnost kao uslov sticanja prava svojine", *Pravni život* 10/2017.

[29] Vrhovni sud Srbije, Rev. 175/88. Slično i: presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4903/97 od 22. jula 1998, *Intermex* sudska praksa.

[30] U tom smislu vid. i Tatjana Josipović, *Property and Trust Law*, Kluwer, 2013, 192.

[31] Boris Vizner, *Građansko pravo*, Beograd 1962, 283.

Postavlja se pitanje zbog čega se u citiranom čl. 3 insistira na pojmu savesnosti jer izvršeni upis mora proizvoditi dejstvo prema svim trećim licima. Naime, niko se ne može pozivati na to da mu izvršeni upis nije bio poznat, s obzirom na javnost katastra nepokretnosti.

Pojedini autori ukazuju na nepotpunost odredaba ZOSO (odnosno, ranije Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima) kada je u pitanju institut održaja, te smatraju da „i sudska praksa može formirati i druge vrste održaja, sa drugačijim pretpostavkama (u pogledu svojstava državine i potrebnog vremena) nego što su one predviđene čl. 28 i 54 ZOSPO“.[32] Ne bismo se složili sa tim stavom da sudska praksa može stvarati nove vidove održaja, mimo onih predviđenih Zakonom. Drugo je pitanje da li je celishodno u naše pozitivno pravo uvesti vidove održaja koji bi podrazumevali drugačije uslove za kvalitet državine i rokova.

3. O ODRŽAJU KAO NAČINU STICANJA SVOJINE

3.1. Uvod

Održaj je ustanova društvenog poretka koja zabranjuje razilaženje između državine i prava svojine na jednoj stvari, usklađujući ih nakon proteka određenog vremena.[33]

Održaj predstavlja originarni način sticanja prava svojine, što znači da sticalac svoje pravo svojine ne zasniva na pravu prethodnika već postaje vlasnik nezavisno od prava svojine koje je na toj stvari imao prethodnik.[34] Originarni način sticanja svojine predstavlja izuzetak u odnosu na derivatno sticanje koje je pravilo, ali i najčešći način sticanja svojine.

Pod pojmom sticanja svojine od nevlasnika u širem smislu, osim sticanja svojine na pokretnim stvarima na osnovu ugovora sa nevlasnikom, podrazumeva se i sticanje svojine održajem i sticanje na osnovu primene načela pouzdanja u katastar nepokretnosti, te zaštite trećih savesnih lica od neistinitosti i nepotpunosti katastra nepokretnosti. U današnjim pravima postoje tri rešenja problema sticanja od nevlasnika: 1. neograničena reivindikacija; 2. neograničeno sticanje od savesnog sticaoca i 3. srednje rešenje, koje se nalazi između dva navedena, po kojem se pod određenim uslovima može odstupiti od principa da niko ne može na drugoga preneti više prava nego što sam ima.[35] Naše pravo prihvata treću mogućnost.

[32] Vladimir Vodinelić, *Održaj – uporednopravno*, magistarski rad, Beograd 1981, 354.

[33] P. Malaurie, L. Aynès, 165.

[34] M. Vedriš, P. Klarić, 193.

[35] Tomislav Vinš, *Stvarno pravo*, Kosovska Mitrovica 2004, 99.

Održaj je način sticanja svojine na osnovu zakona, to jest pravnih činjenica[36] predviđenih zakonom. Misli se na zakonski način sticanja u nekom užem smislu jer su svi načini sticanja svojine propisani, pa samim tim i regulisani zakonom.[37] Zakonodavac, dakle, nabraja važnije posebne načine sticanja prava svojine po samom zakonu, gde smešta i održaj, to jest važnije posebne načine originarnog sticanja prava svojine, a istovremeno ostavlja mogućnost sticanja prava svojine i u drugim slučajevima (dakle, mimo ovih nabrojanih) određenim zakonom.[38]

3.2 Prava trećih

Po pravilu, uzukapioni držalac stiče pravo svojine na stvari bez ikakvih tereta, osim u slučaju nesavesnosti, odnosno ukoliko mu je bilo poznato da postoje određeni tereti, oni neće prestati uprkos sticanju prava svojine održajem.[39] Držalac mora biti savestan u pogledu tereta sve vreme trajanja održaja.[40] Objašnjenje leži u tome što je održaj originarni način sticanja svojine, kojim se pravo svojine stiče izvorno, a ne izvodi se iz prava prethodnika, već se „stiče onoliko koliko se poseduje".[41] Dakle, „nema kontinuiteta između njegove i ranije svojine.[42] Formulacija „onoliko koliko se poseduje" mogla bi značiti jedino posmatranje ponašanja uzukapionog držaoca, u smislu njegovih aprehenzionih radnji, te se u tom smislu može smatrati da se održajem stiče ono pravo čiju sadržinu je držalac i vršio u zakonom propisanom roku. Dakle, „obim svojine stečene održajem odgovara obimu državine".[43] Međusobne odnose prethodnog vlasnika i lica čija su prava prestala zbog sticanja prava svojine trebalo bi regulisati pravilima obligacionog prava.[44]

---

36 „...uvek se sticanje događa na osnovu neke pravne činjenice koja je pravna baš zato što joj taj kvalitet daje zakon", Obren Stanković, „Sticanje svojine", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5–6/1979, 426.

37 Naime, čl. 20, st. 1 ZOSO propisano je da se pravo svojine može steći po samom zakonu, na osnovu pravnog posla i nasleđivanjem. Stavom 2 istog člana propisano je da se pravo svojine stiče i odlukom državnog organa na način i pod uslovima određenim zakonom. Članom 21 istog Zakona predviđeno je da se pravo svojine po samom zakonu stiče stvaranjem nove stvari, spajanjem, mešanjem, građenjem na tuđem zemljištu, odvajanjem plodova, održajem, sticanjem svojine od nevlasnika, okupacijom i u drugim slučajevima određenim zakonom.

38 Dragoljub Stojanović, Dimitar Pop-Georgiev, *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd 1983, 72.

39 N. Gavella, 557.

40 Dragoljub Lazarević, *Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Beograd 2012, 177.

41 *Ibid.*

42 Andrija Gams, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1980, 202.

43 D. Stojanović, 139; A. Gams, 207.

44 D. Lazarević, 177.

4. POLJE PRIMENE INSTITUTA ODRŽAJA U PRAKSI

4.1. Uvod

Očigledno je da održaj u savremenim pravnim porecima ne igra onoliko važnu ulogu kao nekad.[45] To je posebno izraženo u pravnim sistemima sa uredno vođenim registrima nepokretnosti, u kojima sam upis ima značaj sticanja prava svojine.[46] Razvoj nekih drugih pravnih instituta koji pružaju zaštitu poverenju u prometu, pa u pravnom poretku imaju iste ili slične funkcije kao održaj, učinio je da se polje primene održaja svelo samo na one slučajeve u kojima ti pravni instituti ne deluju ili bar ne deluju brže od održaja.[47] Međutim, održaj i dalje nastavlja da igra važnu ulogu u dokazivanju prava svojine, ali i sticanja prava svojine na pokretnim stvarima (svakako kao supsidijeran u odnosu na sticanje od nevlasnika).[48]

Držalac koji stvar nije pribavio od vlasnika, te samim tim nije postao vlasnik derivativnim putem, po pravilu je uzurpator prava svojine ili, s druge strane, držalac koji veruje da je vlasnik stvari.[49] Samo u drugom slučaju držalac će imati šansu da svojinu ipak stekne, ali originarnim putem. Za razliku od tog rešenja, koje je prihvaćeno u našem pravu, francuski Građanski zakonik i u prvom slučaju dozvoljava primenu instituta održaja uz rok od trideset godina.[50]

Da bismo govorili o polju primene instituta održaja, moramo poći od toga da naš ZOSO, kada je u pitanju sticanje svojine (za razliku od sticanja prava službenosti), poznaje redovni i vanredni održaj. Sama činjenica da postoje dve vrste održaja koje se razlikuju po uslovima koji moraju biti ispunjeni otvara prostor za posmatranje dve vrste različitih situacija u kojima bi se, po slovu našeg Zakona, mogla steći svojina održajem.

4.2. Vrste održaja s obzirom na uslove neophodne za sticanje prava svojine – redovni i vanredni održaj

4.2.1. Uvod

Kada je u pitanju institut održaja, ne postoji jedinstveni režim već on varira zavisno od vrste održaja, koja opet zavisi od kvaliteta državine

[45] P. Malaurie, L. Aynès, 165.

[46] Christian Larroumet, *Droit civil, Les Biens, Droits reels principaux*, Paris 2006, 354.

[47] N. Gavella, 159.

[48] P. Malaurie, L. Aynès, 165.

[49] J-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 239.

[50] Vid. čl. 2272 francuskog Građanskog zakonika: Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans.

i dužine rokova.[51] Međutim, u slučaju sticanja svojine održajem ipak se može govoriti o opštim uslovima koji moraju biti ispunjeni bez obzira na vrstu održaja u konkretnom slučaju. O tome najbolje svedoči čl. 2262 francuskog Građanskog zakonika koji daje odgovor na pitanje kako se to stvar mora držati da bi takav posed mogao biti osnov za primenu instituta održaja. Naš ZOSO, ali ni pomenuti nacrti ne sadrže sličnu odredbu. Naime, čl. 2262 propisuje da „les actes de pure faculté“ i „les actes de simple tolérance“ ne mogu predstavljati ne samo osnov održaja već ni državine. Naime, u pitanju su ponašanja uzukapijenta koja nisu u suprotnosti sa pravima drugih,[52] odnosno nisu suprotstavljena pravu svojine pravog vlasnika.

Kada je u pitanju domen primene instituta održaja, u našoj literaturi se s pravom ističe da održaj može nadomestiti činjenicu da prethodnik nije vlasnik (u većem broju slučajeva nego sticanje od nevlasnika koje se odnosi samo na pokretne stvari, dok se održajem može steći pravo svojine i na pokretnim i na nepokretnim stvarima), ali i činjenicu da ne postoji punovažan pravni osnov usmeren na prenos prava svojine.[53] U svakom slučaju, međutim, uzukapijent mora pokazati volju da stvar drži kao svoju.[54] U prvom slučaju se, dakle, ima u vidu redovni, a u drugom vanredni održaj.

4.2.2. Redovni i vanredni održaj

4.2.2.1. Uvod

Prvenstvena funkcija održaja je da onoga ko nije titular prava svojine učini vlasnikom.[55]

Redovni održaj predstavlja supsidijerni način sticanja, odnosno omogućava sticanje ako pravo nije stečeno određenim vidom kojim se inače može steći. Taj održaj tako spada (po pravilu) u načine sticanja prava svojine od nevlasnika.[56] Po pravilu, svoju primenu ima onda kada nisu ispunjeni uslovi za derivativno sticanje prava svojine.

Vanrednim održajem, s druge strane, može se otkloniti i nedostatak koji se ogleda u nepostojanju/nevaljanosti *titulusa*, a ne samo činjenica da

[51] Christian Atias, *Droit civil, Les biens*, Paris 2014, 248.

[52] J-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 240.

[53] Miloš Živković, „Sticanje prava svojine (posebno na nepokretnostima)“, *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004, 85.

[54] Ch. Atias, 248.

[55] Vladimir Vodinelić, „Održaj – razmatranja povodom Nacrta Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnostima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1979, 404.

[56] Tako se u francuskom pravu tzv. skraćeni održaj, za koji se zahtevaju i zakonitost i savesnost, smatra načinom sticanja svojine od nevlasnika. Umesto mnogih vid. François Terré, Philippe Simle, *Droit civil, Les Biens*, Paris 2014, 371.

prethodnik nije vlasnik. Moguć je, dakle, i kao supsidijerni način sticanja u slučaju kada pravni osnov postoji ali nije valjan, ali i kao samostalan vid sticanja, kada zbog nepostojanja pravnog osnova dolazi, na primer, do savesnog držanja tuđe nepokretnosti[57] (zahvatimo deo susedove parcele verujući da je naš).

Dakle, u slučaju primene instituta održaja moglo bi se zaključiti da je nebitno da li je državina stečena od vlasnika (bitno je da se veruje da je prethodnik bio vlasnik) ukoliko su ispunjeni uslovi za kvalitet državine i propisani rokovi.

4.2.2.2. Zakonitost kao uslov sticanja prava svojine održajem

Redovni i vanredni održaj (osim dužine propisanih rokova) razlikuje to što se za primenu redovnog održaja zahteva zakonitost državine. Zakonita državina je ona koja se zasniva na punovažnom pravnom osnovu podobnom za sticanje one vrste prava čiju sadržinu držalac vrši. Zakonita svojinska državina je, pak, upravo ono što naš zakonodavac ima u vidu, odnosno državina stečena na pravnom osnovu podobnom za prenos prava svojine.[58] *Argumentum a contrario*, nezakonita državina bila bi ona koja je nastala bez pravnog osnova ili na pravnom osnovu koji nije punovažan ili na pravnom osnovu koji nije podoban za sticanje onog prava koje se vrši.[59]

Francuska teorija smatra da je neophodno, da bi se radilo o redovnom održaju, da je u pitanju pravni osnov kod kojeg onaj iz čijeg bi prava trebalo izvoditi pravo svojine nije vlasnik stvari (l'auteur du titre), jer održaj upravo otklanja ovaj nedostatak (ali samo ovaj!), te da, u suprotnom, održaj ne bi imao kauzu.[60] Međutim, uprkos tome što redovni održaj, po pravilu, predstavlja sticanje od nevlasnika, u određenim situacijama može imati primenu i u slučaju sticanja od vlasnika, zbog toga što postoje određene teškoće u pogledu upisa u registar nepokretnosti. Stoga bi se moglo reći da održaj predstavlja način sticanja svojine za koji je nebitno da li se državina stiče od vlasnika, odnosno ukoliko je moguće održajem steći od nevlasnika, onda je tek moguće primeniti taj institut i u slučaju sticanja od vlasnika (u situaciji kada postoji neki nedostatak koji onemogućava derivativno sticanje, što će u slučaju nepokretnosti biti problem upisa u katastar nepokretnosti).

Dve osobine pravni osnov mora imati kako bi se moglo smatrati da je ispunjen uslov zakonitosti: prvo, mogućnost prenosa prava svojine,

57 V. Vodinelić (1979), 404.

58 Čl. 72 ZOSO.

59 Danica Popov, „Kvalifikovana državina u funkciji sticanja prava svojine održajem", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011, 112.

60 P. Malaurie, L. Aynès, 171.

a drugo valjanost, to jest punovažnost.[61] Što se tiče prvog uslova, kao primeri pravnog osnova u francuskoj literaturi se navode prodaja, poklon, razmena, legat, javna prodaja, ustupanje imovine naslednicima, davanje umesto plaćanja.[62] Što se, pak, tiče drugog uslova, svi uslovi koji se zahtevaju za postojanje i punovažnost pravnog posla kod derivativnog načina sticanja svojine zahtevaju se i ovde.

Nesporno je da se u najvećem broju slučajeva pod pojmom pravnog osnova podrazumeva ugovor te da je smisao redovnog održaja upravo u tome da otkloni nedostatak usled kojeg nije došlo do ugovornog sticanja.[63]

Međutim, na ovom mestu se otvara pitanje pojma „pravnog osnova" u smislu čl. 72 ZOSO. Naime, da li se pod pojmom pravnog osnova misli samo na ugovor ili, pak, na pravni posao ili se možda pojam pravnog osnova shvata i šire od pojma pravnog posla?

Praksa naših sudova ide u smeru izjednačavanja pojmova pravnog osnova i pravnog posla, te tako Vrhovni sud Srbije u svojoj presudi zakonitu državinu definiše kao onu državinu koja se zasniva na punovažnom pravnom poslu.[64] Takođe, u teoriji se smatra nespornim da pojam pravnog posla, kao širi od pojma ugovora, ulazi u pojam pravnog osnova u smislu odredbe čl. 72 ZOSO.

U slučaju da je državina stvari stečena na osnovu sudske odluke, uvek bi bio ispunjen uslov zakonitosti jer bi se u suprotnom dovodila u pitanje istinitost sadržine donete presude. Stoga, kada se govori o sudskoj odluci kao pravnom osnovu za sticanje prava svojine, onda se svojina stiče u trenutku pravnosnažnosti sudske odluke. Stoga ovde ne bi ni bilo mesta primeni instituta održaja čiji je cilj da otkloni neki nedostatak u sticanju. S druge strane, kada se pravo svojine stiče u nekom drugom, a ne u trenutku pravnosnažnosti sudske odluke, sudska odluka i ne predstavlja osnov sticanja (na primer, sudska odluka kojom se samo utvrđuje da je pravo svojine već ranije stečeno, na primer, održajem ili je, pak, reč o sudskoj odluci čiji je cilj samo da zameni *clausulu intabulandi*).

U slučaju nasleđivanja može se govoriti o testamentalnom i zakonskom nasleđivanju. Kako je testament jednostrani pravni posao, on kao pravni posao nesporno ulazi u pojam pravnog odnosa. Tu bi bilo mesta primeni instituta održaja u situaciji kada ostavilac nije bio vlasnik, te nije

[61] J-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 257–259.

[62] Umesto mnogih vid. *ibid*, 257.

[63] Praksi naših sudova nije nepoznat stav da su ugovori zaključeni sa nevlasnikom ništavi, što je potpuno pogrešno shvatanje jer ne odgovara definiciji ništavih ugovora. Vid. Miloš Živković, „Acquisition of Ownership of Real Property by Contract in Serbian Law – Departing from the Titulus – Modus System?", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2015, 119–120.

[64] Umesto mnogih vid., na primer, Presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5260/98 od 3. novembra 1999. Isto i presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 3965/10 od 8. marta 2011.

moglo doći do sticanja prava svojine testamentom. Ukoliko je državina ostavioca bila nezakonita, bilo bi mesta primeni samo vanrednog održaja. S druge strane, čini se da bi bilo mesta i zakonskom nasleđivanju u okviru pojma pravnog osnova, u slučaju kada ostavilac nije bio vlasnik stvari, pri čemu bi zakonitost državine naslednika zavisila od toga kakva je bila (u pogledu pravne zasnovanosti) državina ostavioca.[65]

4.2.2.3. Savesnost kao uslov sticanja prava svojine održajem („stepenasta savesnost“)

Kada je u pitanju sticanje prava svojine održajem u smislu odredaba ZOSO, savesnost bi predstavljala neophodni minimum ispunjenosti uslova. Dakle, po slovu Zakona, državalac ili ne zna ili ne može znati da stvar koju drži nije njegova.[66] Smatramo da bi na ovom mestu umesto veznika „ili“ trebalo da stoji veznik „i“ jer je bitno da držalac i ne zna i nije mogao znati da nije vlasnik stvari koju drži. U suprotnom bi se tako smatrao savesnim onaj ko ne zna ali je mogao saznati da nije vlasnik stvari (nije izvršio uvid u javni registar te ne zna, ali da je izvršio uvid, mogao je saznati da je kupio od nevlasnika).

Međutim, kada su u pitanju stvarne službenosti, zakonodavac ne samo da ne razlikuje redovni i vanredni održaj već za sticanje prava stvarne službenosti održajem ne zahteva ni savesnost ni zakonitost.[67] Iako zakonodavac daje jedinstvenu definiciju savesnosti, ne razlikujući pritom redovni i vanredni održaj, u teoriji je nesporno da se savesnost kod vanrednog održaja shvata drugačije (šire) nego kod redovnog održaja, čime se nadomešćuje činjenica da zakonitost nije jedan od uslova kod vanrednog održaja (zakonitost mora biti element svesti kod vanrednog održaja).[68]

Analizirajući sudsku praksu može se primetiti da se održajem najčešće nastoje otkloniti nedostaci ugovornog pokušaja sticanja prava svojine na nepokretnosti te da je, po pravilu, reč o situaciji kada na osnovu ugovora (tačnije, pravnog posla) nije izvršen upis prava svojine u registar nepokretnosti.[69] Postavlja se pitanje kako se može zanemariti činjenica nepoznavanja obaveze upisa u katastar nepokretnosti kao uslova sticanja

[65] Vid. o tome više u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999, 86; D. Stojanović, D. Pop-Georgiev, 206–207. To je nesporno vladajuće mišljenje u našoj teoriji, mada bi se moglo otvoriti i pitanje da li baš nužno zakonitost državine naslednika zavisi od zakonitosti državine ostavioca, ali bi to prevazilazilo postavljene okvire rada.

[66] Čl. 72 ZOSO.

[67] Čl. 54 ZOSO.

[68] Više o pojmu savesnosti kod redovnog i vanrednog održaja vid. u: O. Stanković, M. Orlić, 87–89 i 91.

[69] Takav stav je zastupljen i u teoriji, vid. *ibid.*, 90. „Vanknjižni održaj zasniva se na vanknjižnoj državini koja nije praćena i zemljišnoknjižnim prenosom, a moguć je kako

prava svojine na nepokretnosti propisanog Zakonom te i takav sticalac smatrati savesnim[70] sticaocem kojem se dozvoljava da postane vlasnik stvari primenom instituta održaja (*ignorantio iuris nocet*).[71] Razlog leži u tome što kod nas „ideal javnih registara nikada nije držan tako visoko".[72] Nesporno je ipak da bi se ovde moglo govoriti o nekom blažem[73] vidu nesavesnosti (te smo u tom smislu ovaj odeljak i naslovili „Stepenasta savesnost"), ali ipak o nepostojanju savesnosti kao uslovu za pozivanje kako na redovni tako i na vanredni održaj (mada su ovde moguća i drugačija rešenja,[74] ali bi to vodilo uvođenju novih vidova održaja te značajnim izmenama postojećih odredaba važećeg Zakona).

Taj stav posebno postaje značajan ukoliko se pođe od načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti, koje je uvedeno uspostavljanjem jedinstvene evidencije u Republici Srbiji, ali je, s druge strane, istovremeno i nepotreban imajući u vidu rešenja nedavno donetog Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.[75] Naime, imajući u vidu čl. 22 pomenutog zakona te obavezu javnih beležnika da po službenoj dužnosti katastru nepokretnosti dostavljaju odgovarajuće isprave radi upisa, ne samo da se dovodi u pitanje pojam *modus acquirendi* već postaje nemoguće da institut održaja nadomesti nedostatak izvršenog upisa u katastar.

Međutim, nekada ipak održaj može imati tu ulogu da „menja" *modus acquirendi* koji nedostaje. O tome bi se moglo govoriti u tri grupe situacija: prvo, kada na području na kojem se nepokretnost nalazi ne postoji registar nepokretnosti,[76] drugo, kada postoji registar nepokretnosti ali sama nepokretnost iz određenog razloga ne može biti upisana, i treće, kada postoji registar nepokretnosti, upisana je i nepokretnost ali se stečeno pravo svojine ne može upisati (nedostaje odgovarajuća isprava). To

na području na kojem se vode zemljišne knjige, tako i na području na kojem važi tapijski sistem."

70 Vid. suprotno, *ibid*. Za ispunjenost uslova savesnosti citirani autor smatra dovoljnom činjenicu da je druga ugovorna strana upisana kao vlasnik u registar nepokretnosti. Smatramo ipak da pravo svojine ne može biti stečeno na osnovu ugovora, na način što bi održaj nadomeštavao nedostatak upisa u registar, jer ukoliko postoji registar nepokretnosti, nepoznavanje prava škodi te stvara nesavesnost.

71 Meliha Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009, 100.

72 V. Vodinelić (1981), 378.

73 Zbog toga što je ovde ipak reč o nesavesnosti koja se odnosi na sam *modus acquirendi*, a ne, na primer, na *titulus*. Međutim, održaj ne može biti zamena za *modus acquirendi*.

74 Vid., na primer, V. Vodinelić (1981), 372–381.

75 Čl. 22 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.

76 Što danas predstavlja samo jednu teorijsku situaciju, budući da je teritorija Republike Srbije pokrivena katastrom nepokretnosti.

bi predstavljalo odstupanje od pravila da primeni redovnog održaja ima mesta samo u slučaju sticanja od nevlasnika jer je ovde nebitno da li je državina stečena od vlasnika ili nevlasnika. Ta činjenica ipak može biti značajna, ali o tome će biti reči u daljem tekstu.[77]

Takođe, ne može se govoriti da je uzukapijent savestan te da je uveren da je on vlasnik nepokretnosti koju drži u situaciji kada je ugovor o prodaji nepokretnosti zaključen sa licem koje nije upisano u katastar nepokretnosti kao vlasnik već je u katastru upisano drugo lice. Naime, ne stoji stav da se ne može znati da se kupuje od nevlasnika u situaciji kada je u registru nepokretnosti drugo lice upisano kao vlasnik, a ne ono sa kojim je ugovor zaključen.[78] Tim pre, iz istog razloga (neprihvatanja kontratabularnog održaja), održaj ne bi mogao da bude primenjen u situaciji kada bi, osim savesnosti, na strani uzukapijentove državine nedostajao i pravni osnov.[79] Taj stav, međutim, može biti doveden u pitanje u situaciji vanknjižnog sticanja prava svojine (sam održaj to potvrđuje, ali i drugi oblici originarnog sticanja svojine) kada se prenosilac sticaocu legitimisao kao vanknjižni vlasnik, što bi sticaoca učinilo savesnim bez obzira na stanje u registru.

Čini se da bi na samom kraju ovog poglavlja trebalo otvoriti još i pitanje saznanja podataka koji postoje u registru nepokretnosti. Ako se za postojanje savesnosti na strani držaoca zahteva da držalac ne zna ili ne može znati da stvar nije njegova, onda se to ne bi smelo odnositi samo na svojinu prenosioca već i na samog držaoca. Naime, kako držalac može biti savestan i verovati da je stvar njegova ako nije upisan u registar kao vlasnik? Dakle, savesnost ne bi trebalo da se proteže samo na znanje o prenosiocu već i o sebi (držaocu).

4.2.2.4. Prava državina kao uslov sticanja prava svojine održajem

Manljiva državina ne može dovesti do sticanja svojine održajem. To pravilo je izričito propisano, na primer, u italijanskom Građanskom zakoniku.[80] Kada je u pitanju naše pravo, čini se da je više onih autora koji smatraju da se za primenu redovnog održaja zahteva zakonita, savesna i prava državina, dok se na vanredni održaj može pozivati i onaj čija je državina samo savesna. Razlog za to se verovatno nalazi u zakonskom tekstu, ali na kritike tih odredaba već smo ukazali. Ima, međutim i onih

[77] Vid. deo o vrstama održaja s obzirom na upis u registar nepokretnosti.

[78] Potpuno suprotan stav vid. u presudi Apelacionog suda u Nišu, Gž. 1654/2017 od 2. marta 2017.

[79] Vid., na primer, presudu Osnovnog suda u Prijepolju P. 421/10 od 8. novembra 2011. i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 974/12 od 19. aprila 2012; presudu Apelacionog suda u Nišu Gž. 1090/13 od 3. decembra 2013, *Intermex* sudska praksa.

[80] Čl. 1163 italijanskog Građanskog zakonika.

koji, verovatno oslanjajući se na italijansku literaturu, smatraju, čini se s pravom, da prava (ispravna) državina mora uvek biti uslov za sticanje svojine održajem.[81] Takav stav pravdaju zahtevima morala te smatraju da manljiva državina ne može dovesti do sticanja prava svojine održajem jer je državina stečena na način koji pravni poredak ne odobrava, te podsećaju da manljiva državina ne može dovesti do sticanja prava svojine ni derivativnim putem.[82]

4.3. Vrste održaja s obzirom na upis u javne registre

4.3.1. Uvod

Pre analize vrste održaja s obzirom na kriterijum upisa u katastar nepokretnosti, neophodno je razdvojiti nekoliko situacija:[83] prvo, kada na određenoj teritoriji postoji javni registar te postoji mogućnost upisa nepokretnosti i prava svojine na njoj; drugo, kada je na određenoj teritoriji osnovan registar nepokretnosti, ali iz određenih razloga nije moguće izvršiti bilo upis same nepokretnosti, bilo upis prava svojine, i treće, kada na području na kojem se nalazi konkretna nepokretnost nije ustrojen registar nepokretnosti (treća situacija je više teorijska mogućnost jer je Republika Srbija pokrivena katastrom nepokretnosti u potpunosti).

U prvoj situaciji, dakle, ukoliko je na osnovu pravnog posla sa vlasnikom izvršen upis u registar nepokretnosti, pravo svojine je stečeno trenutkom upisa u skladu sa načelom upisa. Ukoliko je, pak, na osnovu pravnog posla sa nevlasnikom koji je upisan u registar kao pravni prethodnik izvršen upis prava novog sticaoca, bili bismo na terenu tabularne državine, odnosno tzv. knjižnog održaja. Treća „podsituacija“ bila bi ona u kojoj postoji pravni posao kao pravni osnov sticanja, ali nije izvršen upis u katastar. Pojedini autori, ali i veći deo sudske prakse, upravo ovde vide mesto za primenu vanknjižnog održaja kao načina sticanja svojine koji bi „zamenio“ izostali *modus acquirendi*, i to bez obzira na to da li je reč o pravnom poslu preduzetom sa vlasnikom ili nevlasnikom. Već smo u delu rada posvećenom pojmu savesnosti obrazložili zbog čega smatramo da u opisanom slučaju ne bi bilo mesta primeni instituta održaja, i to zbog nesavesnosti uzukapijenta.

U drugoj situaciji bi na području na kojem se nalazi nepokretnost postojao javni registar, ali bi iz određenih razloga bilo nemoguće bilo upisati samu nepokretnost ili bi, pak, sama nepokretnost bila upisana, ali

[81] Zoran Rašović, *Stvarno pravo*, Beograd 2005, 158.

[82] *Ibid.*, 163.

[83] Upor. *Novi Zakon o izvršnom postupku* (red. Dragor Hiber), „Predgovor uz Nacrt Zakona o izvršnom postupku“, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2004, 61.

bi postojale teškoće kod upisa prava svojine. Ovde bi se odlučujući kriterijum za primenu instituta održaja, čini se, odnosio na to da li je u pitanju sticanje od nevlasnika ili vlasnika. Ukoliko bi to bilo sticanje od nevlasnika, jedini put ka svojini bio bi institut održaja. U drugom, pak, slučaju, kada bi postojao neki „opravdan“ razlog za nemogućnost upisa (nedostaje odgovarajuća isprava neophodna za upis), možda bi se moglo naći i neko drugo rešenje za sticanje prava svojine, odnosno drugi trenutak sticanja svojine, a ne protek rokova neophodnih za održaj.

O trećoj situaciji bi se moglo govoriti samo teorijski, budući da je katastar nepokretnosti ustrojen na celokupnoj teritoriji Republike Srbije. Ukoliko bismo ipak analizirali i tu mogućnost te situaciju u kojoj na određenom području ne bi postojao registar nepokretnosti, onda bi trebalo smatrati da je pravo svojine stečeno u trenutku preduzimanja pravnog posla te ulaska u posed nepokretnosti jer bi u situaciji kada postoji objektivna nemogućnost upisa u katastar nepokretnosti bilo nepravedno usloviti sticanje prava svojine protekom rokova za održaj.

4.3.2. Vanknjižni održaj

U našem pravu, imajući u vidu pozitivnopravne propise Republike Srbije, čini se da ima mesta samo za primenu instituta vanknjižnog održaja. Pođemo li, pak, od nečega što bi predstavljalo ideal, a to su uredno vođeni registri nepokretnosti, nepostojanje situacija u kojima bi postojale teškoće za upis u vidu nedostatka odgovarajućih isprava potrebnih za upis, ne bi bilo prostora ni za ovaj vid održaja, a samim tim i za institut održaja uopšte.

Vanknjižni održaj bi mogao da se primenjuje onda kada na području na kojem se nepokretnost nalazi postoji ustrojen registar nepokretnosti (to je danas celokupna teritorija Srbije), ali konkretna nepokretnost nije upisana ili jeste upisana ali nedostaju podaci o vlasniku. Tada bi na strani sticaoca bio ispunjen uslov savesnosti jer se „pravo stanje“ nije ni moglo proveriti uvidom u katastar.

Sticalac kojem bi nedostajao *modus acquirendi*, zbog toga što nije mogao upisati pravo svojine zbog nedostatka odgovarajuće isprave ili zbog toga što je bilo nemoguće izvršiti upis same nepokretnosti, sticao bi svojinu održajem. To bi bio slučaj u situaciji sticanja od nevlasnika, dok bi se u slučaju sticanja od vlasnika moglo postaviti pitanje da li sticaocu treba „olakšati“ put sticanja svojine (na primer, translativno dejstvo ugovora, upis državine u katastar te sticanje svojine specifičnom vrstom knjižnog održaja ili „olakšani“ uslovi za upis u registar...) ili, pak, i sticanje prava svojine onog sticaoca koji je stekao od vlasnika treba usloviti protekom roka za održaj.

4.3.3. Takozvani zemljišnoknjižni održaj

Zemljišnoknjižnim održajem (tzv. tabularna državina) „pretvara se činjenica upisa u subjektivno pravo koje je već upisano, ali iz nekog razloga nije bilo stečeno već u času upisa“.[84]

Kako se načela upisa i pouzdanja međusobno dopunjavaju, dejstvo načela pouzdanja će nastupiti samo onda kada u odnosu na sprovedeni upis (zbog nevaljanosti) nisu nastupila dejstva upisa.[85]

Tako se u situaciji kada je izvršen upis u registar nepokretnosti, koji iz nekog razloga nije valjan (prethodnik nije bio vlasnik), ne primenjuje načelo upisa već načelo pouzdanja u javni registar. Tada se postavlja pitanje trenutka od kada počinje da dejstvuje načelo pouzdanja u, ranije, zemljišne knjige, a danas, u katastar nepokretnosti. Pre uvođenja jedinstvene evidencije, trenutak otpočinjanja dejstva načela pouzdanja u istinitost sprovedenog upisa nastupao je nakon tri godine od izvršenog upisa, što je bio rok u kojem se mogla podići brisovna tužba, te rok nakon kojeg je nastupala fikcija apsolutne tačnosti i rok za zemljišnoknjižni održaj.[86] Sadašnji Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova ne poznaje brisovnu tužbu i fikciju apsolutne tačnosti već samo načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti[87], pa je tako treće lice zaštićeno načelom pouzdanja odmah, odnosno trenutkom upisa. S druge strane, nesporno je da pouzdanje u potpunost[88] katastra nepokretnosti dejstvuje odmah, ali problem se javlja u slučaju kada postoji vanknjižna svojina (što se rešava na planu suprotstavljivosti vanknjižne svojine, te potrebi njenog publikovanja). Naime, iz ugla trećeg savesnog lica koje se pouzdalo u stanje u katastru, sadržina katastra jeste potpuna i istinita. Dakle, uz primenu načela pouzdanja u katastar nepokretnosti te nepostojanje fikcije apsolutne tačnosti ne postoji potreba ni za zemljišnoknjižnim održajem[89] kao načinom sticanja svojine.

---

[84] N. Gavella, 167.

[85] Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2011, 134.

[86] Za tabularnu državinu vid., na primer, par. 900 nemačkog Građanskog zakonika.

[87] Čl. 3 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.

[88] Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2016, 119.

[89] Zakon o državnom premeru i katastru propisuje mogućnost da se u toku postupka osnivanja katastra nepokretnosti, u slučaju da nisu ispunjeni uslovi za upis prava svojine iz čl. 96, st. 1, čl. 97, st. 1 i 2, čl. 98, st. 1 i 2, čl. 99, st. 1 i 2, upiše državina u katastar nepokretnosti. Članom 132 propisano je da se državina držaoca smatra zakonitom i savesnom od trenutka upisa (što znači da su ispunjeni uslovi za sticanje svojine održajem), dok su čl. 133–135 kojima je bilo regulisano pitanje brisanja državine i upisa prava svojine na parceli, odnosno objektu i posebnom delu objekta, kao i upis državine u postupku održavanja katastra nepokretnosti, brisani stupanjem na snagu Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova. Članom 133 bilo je propisano da se „na zahtev lica koje je upisano kao držalac parcele... vrši upis prava svojine na parceli u korist tog lica, ako je

Čak i kada bi se otvorilo pitanje ispravnosti stava da u našem pravu više nema mesta za zemljišnoknjižni održaj zbog toga što Zakon o katastru propisuje da se nevaljani upis može napadati žalbom, a u krajnjem i pokretanjem upravnog postupka, zaključak bi bio da tada ne bi bio ispunjen uslov savesnosti. Naime, u tom slučaju u katastru nepokretnosti bi stajala zabeležba bilo da rešenje nije konačno, bilo da nije pravnosnažno[90] ili, pak, da je pokrenut upravni spor[91] protiv drugostepenog rešenja.

Održaj, dakle, danas nema onaj značaj koji je imao u vreme kada su postojale zemljišne knjige. Moglo bi se zaključiti da uredno vođenje katastra nepokretnosti, uz doslednu primenu načela pouzdanja te shvatanje pojma savesnosti trećeg lica na način na koji se to čini u modernijim zakonima koji regulišu stvarno pravo (pre svega, bez potrebe ispitivanja vanknjižnog stanja nepokretnosti), potpuno istiskuju institut održaja iz primene.[92] Svrha održaja se tako sve više svodi na dokazivanje prava svojine u situacijama kada je ona stečena derivatno, kako bi se izbeglo tzv. đavolsko dokazivanje, ali i to ponovo samo za pokretne stvari, jer za nepokretnosti izvod iz katastra predstavlja dokaz o postojanju prava svojine.

4.3.4. Kontratabularni održaj

Taj vid održaja podrazumevao bi da je institutu održaja data prednost u odnosu na načelo upisa u javne registre, tako što bi efektivni držalac nepokretnosti protekom vremena sticao pravo svojine, „istisnuvši time pravo vlasništva osobe koja je u zemljišnim knjigama upisana kao vlasnik“.[93]

Nesporno je da u našem pravu nema mesta za kontratabularni održaj jer uslov savesnosti koji ZOSO zahteva u svim slučajevima sticanja svojine održajem u toj situaciji ne bi mogao biti ispunjen jer se niko ne može pozivati na to da mu stanje u javnim registrima nije bilo poznato. Drugi razlog protiv postojanja pomenutog održaja u našem pravu jeste

od početka primene katastra nepokretnosti proteklo pet godina...“. Možda bi se moglo reći da se ovde radilo o tzv. zemljišnoknjižnom održaju, sa tom razlikom što je u katastar do isteka propisanog roka upisana državina, a ne svojina, i što istekom roka držalac postaje vlasnik, a kod zemljišnoknjižnog održaja je nakon roka od tri godine nastupala fikcija apsolutne tačnosti. Međutim, Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, u čl. 58, propisuje da „ako se najkasnije do 1. maja 2028. godine ne steknu zakonski uslovi za upis prava svojine na nepokretnostima na kojima je određeno lice upisano kao držalac u skladu sa Zakonom o državnom premeru i katastru, Služba će po službenoj dužnosti izvršiti brisanje svojstva držaoca tog lica i državine na nepokretnostima“.

[90] Čl. 45 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.

[91] Čl. 46 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.

[92] Ta konstatacija se ne odnosi na pokretne stvari, gde institut održaja i dalje ima svoje polje primene kada je u pitanju sticanje prava svojine.

[93] N. Gavella, 167.

neprestana težnja ka usavršavanju postojećeg katastra nepokretnosti, i to obezbeđivanjem ažurnosti na dnevnom nivou i ulaganjem značajnih materijalnih sredstava u katastar.

5. ZAKLJUČAK

Očigledno je da održaj u savremenim pravnim porecima ne igra onoliko važnu ulogu kao nekad. Moglo bi se zaključiti da uredno vođenje katastra nepokretnosti, uz doslednu primenu načela pouzdanja te shvatanje pojma savesnosti trećeg lica na način na koji se to čini u modernijim zakonima potpuno istiskuju institut održaja iz primene. Međutim, održaj i dalje nastavlja da igra važnu ulogu u dokazivanju, ali i sticanju prava svojine na pokretnim stvarima (svakako kao supsidijeran u odnosu na sticanje od nevlasnika).

Nesporno je da u našem pravu nema mesta za kontratabularni održaj jer uslov savesnosti koji ZOSO zahteva u svim slučajevima sticanja svojine održajem u toj situaciji ne bi mogao biti ispunjen jer se niko ne može pozivati na to da mu stanje u javnim registrima nije bilo poznato. Drugi razlog protiv postojanja tog održaja u našem pravu jeste neprestana težnja ka usavršavanju postojećeg katastra nepokretnosti.

S druge strane, Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova ne poznaje brisovnu tužbu i fikciju apsolutne tačnosti već samo načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti, pa je tako treće lice zaštićeno načelom pouzdanja odmah odnosno trenutkom upisa. Takođe, donošenjem pomenutog zakona briše se mogućnost da nakon proteka roka od pet godina upisani državalac postaje vlasnik. Dakle, uz primenu načela pouzdanja u katastar nepokretnosti te nepostojanje fikcije apsolutne tačnosti ne postoji potreba ni za zemljišnoknjižnim održajem kao načinom sticanja svojine.

Institutu održaja ima mesta onda kada u registru nepokretnosti nema podataka o konkretnoj nepokretnosti ili je, pak, sama nepokretnost upisana, ali nema podataka o njenom vlasniku, jer samo tada može da bude ispunjen uslov savesnosti. Takođe, o primeni vanknjižnog održaja moglo bi se govoriti i onda kada na području određene teritorije ne postoji javni registar.

LITERATURA (REFERENCES)

Atias, C., *Droit civil, Les biens*, Paris 2014.

Bergel, J. L., Bruschi, M., Cimamonti, S., Les Biens, *Traite de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris 2010.

Cvetić, R., *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2016.

Dolović, K., „Susedsko pravo: pojam, karakteristike i odnos prema stvarnim službenostima“, *Strani pravni život* 3/2012.

Dolović Bojić, K., „Savesnost kao uslov sticanja prava svojine“, *Pravni život* 10/2017.

Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1980.

Gardner, S., McKenzie E., *An Introduction to Land Law*, Oxford 2012.

Gavella, N., *Posjed stvari i prava*, Zagreb 1990.

Hiber, D., „Pravo na mirno uživanje imovine, oblici njegovog ugrožavanja i mogućnost ponovnog uspostavljanja u jugoslovenskom pravu“, *Pravo ljudskih prava* (prir. K. Obradović, M. Paunović), Beograd 1996.

Hiber, D., *Novi Zakon o izvršnom postupku, Predgovor uz Nacrt Zakona o izvršnom postupku*, Centar za liberalno – demokratske studije, Beograd 2004.

Josipović, T., *Property and Trust Law*, Kluwer, 2013.

Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2011.

Larroumet, C., *Droit civil, Les Biens, Droits reels principaux*, Paris 2006.

Lazarević, D., *Komentar Zakona o osnovama svojinsko – pravnih odnosa*, Beograd 2012.

Malaurie, P., Aynès, L., *Les Biens*, Paris 2010.

Marty, G., Raynaud, P., Jourdain P., *Les Biens*, Paris 1995.

Mathieu, M.–L., *Droits biens*, Paris 2013.

Medić, D., *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka 2016.

Paunović, S., „Održaj (Usucapio)“, *Branič*, br. 1–2/2008.

Popov, D., „Kvalifikovana državina u funkciji sticanja prava svojine održajem“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011.

Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009.

Rašović, Z., *Stvarno pravo*, Beograd 2005.

Smith, R. J., *Property Law*, New York 1998.

Stanković, O., „Sticanje svojine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5–6/1979.

Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd 1999.

Stojanović, D., Pop–Georgiev, D., *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko – pravnim odnosima*, Beograd 1983.

Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Kragujevac 1998.

Terré, F., Simle, P., *Droit civil, Les Biens*, Paris 2014.

Toroman, M., „Pravo svojine u uporednom zakonodavstvu", *Strani pravni život* 44/1964.

Vedriš, M., Klarić, P., *Osnove imovinskog prava*, Zagreb 1983.

Vinš, T., *Stvarno pravo*, Kosovska Mitrovica 2004.

Vizner, B., *Građansko pravo*, Beograd 1962.

Vodinelić, V., „Održaj – razmatranja povodom Nacrta Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnostima", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1979.

Vodinelić, V., *Održaj – uporednopravno*, magistarski rad, Beograd 1981.

Vodinelić, V., *Državina, pojam, priroda, zaštita i razlog zaštite*, Beograd 2015.

Zenati, F., *Droit Civil*, *Les Biens*, Paris 1988.

Živković, M., „Sticanje prava svojine (posebno na nepokretnostima)", *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004.

Živković, M., „Acquisition of Ownership of Real Property by Contract in Serbian Law – Departing from the Titulus – Modus System?", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2015.

Katarina Dolović Bojić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

ACQUISITIVE PRESCRIPTION AS A WAY OF ACQUIRING REAL ESTATE OWNERSHIP

Summary

The aim of the paper is to determine the exact field of application of the institute of acquisitive prescription, that is, to find the answer in which situations in practice it is possible to fulfill all the conditions required by the legislator and acquire the ownership by usucapio. The main question raised in the paper is whether there is an actual need for the existence of acquisitive prescription in contemporary Serbian law, bearing in mind that the data in the real estate cadastre has been duly kept. The institute of usucapio has also been analyzed from a perspective

of application of the reliance principle on land registry. Certainly one of the most problematic question is the justification (and also the legal basis) of this institute having in mind the idea of the inviolability of ownership.

Key words: *Usucapio. – Possession. – Ownership. – Bona fides. – Reliance principle.*

Article history:
Received: 14.9.2018.
Accepted: 7.2.2019.

UDK 342.729(4)

CERIF: S112

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901193S

Dr Danilo Stevandić*

GRANICE SLOBODE OKUPLJANJA – STANDARDI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sloboda mirnog okupljanja predstavlja jedan od oblika učešća građana u političkom životu zajednice. Posle ukazivanja na relevantne odredbe Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, u ovom radu se prvo izlaže o osnovnim stanovištima Evropskog suda za ljudska prava o ograničenju slobode okupljanja, a zatim se ispituje usklađenost zakonskih rešenja u Srbiji sa evropskim pravnim standardima u toj oblasti. Autor zaključuje da standardi Evropskog suda za ljudska prava afirmišu slobodu mirnog okupljanja kao jednog od bitnih zahteva demokratije. Zakonom o javnom okupljanju (2016) u Srbiji je značajno unapređen pravni okvir za ostvarivanje prava na slobodu mirnog okupljanja i postignut viši nivo usaglašenosti nacionalnog prava sa pravom Evropske unije.

Ključne reči: *Javni skup. – Ograničenje slobode mirnog okupljanja. – Princip proporcionalnosti. – Policija.*

1. UVOD

Sloboda mirnog okupljanja (u daljem navođenju: sloboda okupljanja) predstavlja osnovno ljudsko pravo koje jemče brojni međunarodni, regionalni i nacionalni pravni instrumenti.[1] Smatra se jednom od tekovina liberalne demokratije koje su opštepriznate i neophodne za postojanje

* Autor je pomoćnik načelnika Uprave policije u Ministarstvu unutrašnjih poslova Republike Srbije u Beogradu, *stevandic.danilo@gmail.com*.

[1] Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 20, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), čl. 11, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), čl. 21. Vid. Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, Vladimir Đerić, *Ljudska prava*, Beograd 1997, 337–338.

demokratskog društva.[2] Pripada prvoj generaciji ljudskih prava i svrstava se u red političkih prava.[3] Njeno ostvarivanje je tesno povezano sa uživanjem drugih ljudskih sloboda i prava kao što su: sloboda udruživanja, sloboda izražavanja, sloboda misli, savesti i veroispovesti i druge.

Sloboda okupljanja ima karakter prava negativnog i aktivnog statusa.[4] Kao pravo negativnog statusa, sloboda okupljanja podrazumeva dvostruku obavezu države: (1) da se uzdrži od svakog uplitanja u ostvarenje slobode okupljanja (odbrambena funkcija) i (2) da građanima pruži zaštitu od uplitanja trećih lica u njeno ostvarenje (zaštitna funkcija). Kao pravo aktivnog statusa, sloboda mirnog okupljanja pojedincima ili grupama omogućava da javno izraze svoje (političko) mišljenje, da utiču na kreiranje javnog mnjenja i vođenje državne politike (demokratska i participativna funkcija).[5]

Iako je jedna od osnovnih pretpostavki demokratskog društva, sloboda okupljanja može trpeti izvesna ograničenja. Ograničenje slobode okupljanja nameće potreba zaštite prava drugih građana, s jedne strane, i zaštita opšteg dobra i opšteg interesa, s druge strane. Takva ograničenja će se smatrati legitimnim samo ako se uživanjem slobode okupljanja suprotno zakonu ugrožavaju slobode drugih pojedinaca[6] i određena dobra/interesi zajednice kao celine.[7]

Ograničenje ljudskih sloboda i prava je jedan od najvećih izazova za građansko (demokratsko) društvo. Razlog za to nalazi se u slojevitosti pojmova javnog dobra i javnog interesa koji uključuju više različitih društvenih vrednosti koje su u međunarodnom pravu i nacionalnim zakonodavstvima najčešće nedovoljno odredive.[8] Sve te društvene vrednosti se, uopšte uzevši, svode na razloge zaštite nacionalne i javne bezbednosti, javnog reda, javnog zdravlja, javnog morala i zaštite prava drugih.

---

2 Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2012, 358.

3 Karel Vasak, „Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights“, *UNESCO Courier* 30:11/1977, 29, *http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf*, 15. jul 2018.

4 Ivana Krstić, Tanasije Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2016, 223.

5 Bogoljub Milosavljević, Dragoljub M. Popović, *Ustavno pravo*, Beograd 2009, 146.

6 Prema mišljenju Džona Stjuarta Mila (*John Stuart Mill*), društvo bi trebalo da se u ograničenju slobode pojedinaca bezuslovno pridržava načela „da samoodbrana bude jedini cilj zbog koga čovečanstvo – pojedinačni ljudi ili celina – ima pravo da se meša u slobodu radnje jednog od svojih članova, kao i da predupređivanje da se drugi ne oštete bude jedini zakonski razlog zbog koga sme da se upotrebi sila prema bilo kom članu obrazovane zajednice“. Džon S. Mil, *O slobodi*, Beograd 2007, 24.

7 Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*) u svom delu „Fragment o vladi“ na jednom mestu kaže: „fundamentalni aksiom, najveća sreća najvećeg broja predstavlja meru ispravnog i pogrešnog“. Nav. prema. Ros Harison, *Demokratija*, Beograd 2004, 118.

8 Bogoljub Milosavljević, *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd 2011, 41–42.

Smatra se da je evropski sistem zaštite ljudskih prava, koji je suštinski uspostavljen Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) i njenim dopunskim protokolima (u daljem navođenju: EKLJP),[9] najnapredniji deo međunarodnog sistema zaštite ljudskih prava.[10] Cilj ovog istraživanja je da se na osnovu pravne analize odredaba EKLJP i prakse Evropskog suda za ljudska prava (u daljem navođenju: ESLJP)[11] ispitaju granice slobode okupljanja u evropskom pravu i utvrde pravni standardi u toj oblasti. Osnovna hipoteza je da je ESLJP restriktivnim tumačenjem uslova ograničenja formulisao pravne standarde koji podržavaju uživanje slobode mirnog okupljanja kao jednog od bitnih zahteva demokratije.

2. OSNOVNE POSTAVKE SLOBODE OKUPLJANJA PREMA EVROPSKOJ KONVENCIJI O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Sloboda okupljanja zajemčena je u čl. 11 EKLJP, koji nosi rubrum „Sloboda okupljanja i udruživanja" i glasi:

> „1 Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo da osniva sindikat i pristupi mu radi zaštite svojih interesa.
>
> 2 Za vršenje ovih prava ne smeju se postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovim se članom ne sprečava zakonito ograničavanje vršenja ovih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave."

U čl. 11 EKLJP naglašava se međusobna povezanost slobode okupljanja i slobode udruživanja. Ipak, sloboda okupljanja je u tesnijoj vezi sa slobodom izražavanja (čl. 10 EKLJP) i u odnosu na nju pomenuti čl. 11 predstavlja normu *lex specialis*.[12] U čl. 11, st. 1 EKLJP garantuje se sloboda mirnog okupljanja svakome, odnosno svim ljudima, i pojedincima i udruženjima.[13] Da bi sloboda okupljanja uživala zaštitu države,

---

[9] Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG* – Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – ispravka i *Službeni glasnik RS* – Međunarodni ugovori br. 12/2010.

[10] Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford 1995, 3.

[11] Za potrebe ovog rada pod tim podrazumevamo i praksu Evropske komisije.

[12] Oliver Nikolić, „Sloboda okupljanja i udruživanja", *Strani pravni život* 1–3/2002, 149.

[13] OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Warsawa – Strasbourg 2010, 13, *https://www.osce.org/odihr/73405?download=true*, 13. јул 2018.

okupljanje građana mora imati karakter „mirnog" okupljanja, pod kojim se podrazumeva izostanak bilo kakvih oblika nasilja.

Međutim, EKLJP ne jemči slobodu okupljanja apsolutno.[14] U čl. 11, st. 2 EKLJP *numerus clausus* su navedni uslovi pod kojima države članice mogu ograničiti slobodu okupljanja, a to su: da je ograničenje propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Osim toga, države članice su ovlašćene da u skladu sa zakonom ograniče uživanje slobode okupljanja pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.

3. GRANICE SLOBODE OKUPLJANJA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Prema čl. 11, st. 2 EKLJP, ograničenje slobode mirnog okupljanja nije pravilo, već izuzetak koji može da se dogodi samo pod određenim uslovima, koji moraju biti ispunjeni kumulativno. Prilikom ocene opravdanosti ograničenja, ESLJP sprovodi nekoliko testova. Prvo, proverava da li preduzeta mera uopšte predstavlja „ograničenje" slobode mirnog okupljanja. Ako utvrdi da postoji ograničenje, proverava da li je ograničenje propisano zakonom države. Nakon što utvrdi da je ograničenje propisano zakonom, ESLJP razmatra da li to ograničenje teži tzv. legitimnim ciljevima koji su taksativno navedeni u čl. 11, st. 2 EKLJP. Ako zaključi da je ograničenje težilo nekom od legitimnih ciljeva, sprovodi test da li je takvo ograničenje slobode okupljanja bilo nužno u demokratskom društvu, a zatim donosi odluku o tome da li je povređen čl. 11 EKLJP.

3.1. „Mirno" okupljanje

Uživanje slobode okupljanja ograničeno je pre svega zahtevom da okupljanje bude „mirno", a to podrazumeva izostanak bilo kakvih oblika nasilja.[15] Taj uslov se ne odnosi na sadržaj određenih mišljenja i ideja već na način njegovog izražavanja.[16]

---

[14] Darko Simović, Dragutin Avramović, Radomir Zekavica, *Ljudska prava*, Beograd 2013, 219.

[15] „U skladu sa uobičajenim značenjem ove reči, mirno znači odsustvo nasilja u različitim oblicima, posebno oružanog nasilja u najširem smislu. Na primer, okupljanje gubi svoj mirni karakter kada su ljudi fizički napadnuti ili ugroženi, razbijeni izlozi, zapaljeni automobili, upotrebljeno kamenje ili Molotovljevi kokteli ili neko drugo oružje." Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl – Arlington 2005, 486–487.

[16] Vojin Dimitrijević *et al.*, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd 2007, 251.

Okupljanje čiji organizatori ili učesnici imaju nasilničke namere koje izazivaju nerede neće uživati zaštitu EKLJP.[17] Prema praksi ESLJP, tzv. zauzimanje sedećeg položaja demonstranata prilikom blokade puta,[18] prisustvo na konferenciji za štampu na kojoj se uzvikuju parole protiv vlade[19] ili horsko pevanje pesme na javnom skupu čija samo jedna strofa ima sporan sadržaj[20] ne može se smatrati nasilničkim namerama koje dovode do izazivanja nereda. Slučajno nasilje ili neredi koji mogu nastati zbog nasilne reakcije rivalskih grupa neće biti legitiman osnov za ograničenje slobode okupljanja.[21] Slobodu mirnog okupljanja ne može ograničiti ni pravo na kontrademonstracije onih koji se ne slažu sa idejama koje

[17] Prema praksi ESLJP, pojam „mirno okupljanje" ne obuhvata okupljanja čiji organizatori i učesnici imaju nasilničke namere. ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden" v. Bulgaria,* no. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 Oktober 2001, para. 77. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2001-IX, 273–312, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-IX.pdf*, 19. jul 2018.

[18] U slučaju *G. protiv Nemačke*, Evropska komisija je zaključila da se tzv. zauzimanje sedećeg položaja demonstranata prilikom blokade puta koji vodi u američku vojnu bazu u Štutgartu ne može smatrati nasilničkim namerama koje izazivaju nerede, iako takvo postupanje prema nemačkim zakonima nije dozvoljeno. Međutim, Komisija je ipak zaključila da je u tom slučaju ograničenje slobode okupljanja bilo dozvoljeno i neophodno u demokratskom društvu i da nije povređen čl. 11 EKPLJ. Nav. prema: Nenad Đurđević, „Sloboda okupljanja prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i Povelji o osnovnim pravima EU", *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope* (ur. Stanko Bejatović), knjiga 4, 2009, 483.

[19] Spor *Četinkaja protiv Turske* pokrenut je zbog toga što je podnosilac predstavke bio osuđen na kaznu zatvora (koja je kasnije pretvorena u novčanu kaznu) zato što je kao istaknuti član nevladine organizacije učestvovao na konferenciji za štampu na kojoj je pred osamsto ljudi pročitana izjava, posle koje su prisutni uzvikivali slogane protiv vlade. ESLJP je utvrdio da je povređen čl. 11 EKLJP zato što takva mera kojom se ograničava sloboda okupljanja nije u skladu sa standardima demokratskog društva, a ne bi bila čak ni kada bi skup delimično izgubio karakter mirnog protesta. ECtHR, *Cetinkaya v. Turkey*, no. 75569/01, Judgment of 26 June 2006, paras. 29–32, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–76044%22]},* 21. jul 2018.

[20] Spor *Hrišćanska demokratska narodna partija protiv Moldavije* pokrenut je zbog toga što je toj partiji izrečena jednomesečna zabrana delatnosti iz razloga što su njeni članovi organizovali protestna okupljanja na trgu pred Narodnom skupštinom u Kišnjevu, iako su gradske vlasti odobrile održavanje javnog skupa ispred Opere, što je bilo suprotno njihovoj prijavi da se javni skup organizuje na trgu ispred Narodne skupštine. Domaći sudovi su kao razloge izricanje takve mere naveli: nepostojanje odobrenja za održavanje skupova, prisustvo dece na skupovima i da su skupovi prerasli u nasilne. ESLJP je utvrdio da je povređen čl. 11 EKLJP ocenivši da se horsko pevanje pesme na javnom skupu, čija je samo jedna strofa imala sporan sadržaj, ne može smatrati pozivom na nasilje. ECtHR, *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, no. 28793/02, Judgment of 14 February 2006, paras. 72, 73–75. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2006–II, 97–130 *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-II.pdf*, 21. jul 2018.

[21] ECtHR, *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Judgment of 16 July 1980, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–74287%22]}*, 21. jul 2018.

se na skupu promovišu. U predmetu *Udruženje „Lekari za život“ protiv Austrije*,[22] ESLJP je zaključio da učesnicima skupa „Lekari za život“ koji se bore protiv abortusa mora biti omogućeno uživanje slobode okupljanja bez straha da će biti izloženi fizičkom nasilju protivnika jer bi ih takav strah obeshrabrio da otvoreno izraze svoje mišljenje o veoma kontroverznim pitanjima koja pogađaju društvo. Delotvornost slobode okupljanja podrazumeva ne samo negativnu obavezu države da se ne upliće već i pozitivnu obavezu da preduzme mere da se ona ostvari.[23] Takva pozitivna obaveza ne podrazumeva apsolutnu garanciju i postizanje rezultata, već preduzimanje razumnih i odgovarajućih mera da se održe zakonite mirne demonstracije.[24]

ESLJP je posebno obazriv prema situacijama kada su javni skupovi koje su organizovale političke stranke praćeni nasiljem. Jedan takav slučaj je predmet *Osmani protiv Bivše Jugoslovnske Republike Makedonije*.[25] Ustavni sud Makedonije je ukinuo odluku opštine Gostivar da se na zgradi opštine, osim makedonske, viju i albanska i turska zastava i usvojio privremenu meru zabrane da se ističu zastave drugih država. Uprkos tome, predsednik opštine Rufi Osmani organizovao je demonstracije tokom kojih je održao govor u kojem je zagovarao isticanje albanske zastave. Sukob se dogodio kada je jedna grupa građana pokušala da ukloni albansku zastavu. Osmani je lišen slobode, optužen za širenje nacionalne, rasne i verske mržnje i osuđen na kaznu zatvora, a kasnije je amnestiran. ESLJP je zaključio da je ograničenje u vidu osude za krivično delo bilo zasnovano na zakonu, da je imalo legitiman cilj, da je bilo srazmerno i neophodno u demokratskom društvu. S obzirom na to da je podnosilac predstavke bio nosilac javnih ovlašćenja, da je bio jedan od najuglednijih političara albanske etničke pripadnosti u svojoj zemlji i da je bio svestan posledica svoje akcije koja je bila suprotna privremenoj meri izrečenoj od Ustavnog suda i koja je izazvala nerede u gradu, ESLJP je ocenio da su preduzete mere prema podnosiocu predstavke prošle test proporcionalnosti i da je predstavka neprihvatljiva.

---

[22] ECtHR, *Plattform „Ärzte für das Leben“ v. Austria*, no. 10126/82, Judgment of 21 June 1988, paras. 32, 38, 39, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695435%22],%22itemid%22:[%22001–57558%22]}*, 21. jul 2018.

[23] Darko Simović, Marko Stanković, Vladan Petrov, *Ljudska prava*, Beograd 2018, 189.

[24] ESLJP je ocenio da Austrija nije prekršila čl. 11 EKLJP jer je angažovanjem stotine policajaca preduzela sve razumne i prikladne mere da obezbedi slobodu okupljanja članovima udruženja „Lekari za život“. Vid. Donna Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd 1994, 66–67.

[25] ECtHR, *Osmani v. The Former Jugoslav Republic of Macedonia*, no. 50841/99, Judgment of 11 October 2001. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2001–X, 389–413, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-X.pdf,* 21.jul 2018.

3.2. Pojam ograničenja

Prema praksi ESLJP, sloboda okupljanja se može ograničiti na više načina.[26] Tako se ograničenjem slobode okupljanja smatraju represivne mere koje država preduzima pre okupljanja građana (na primer, zabrana održavanja okupljanja),[27] za vreme trajanja okupljanja (evakuacija demonstranata)[28] i nakon okupljanja (disciplinsko, prekršajno ili krivično kažnjavanje učesnika).[29] Poseban način ograničenja slobode okupljanja jeste propuštanje države da zaštiti učesnike okupljanja od nasilja njihovih protivnika (neispunjenje pozitivne obaveze).[30]

Osim neposredno, sloboda okupljanja može biti ograničena i posredno, ograničavanjem nekog drugog osnovnog prava ili slobode (lične slobode, slobode kretanja, slobode udruživanja i drugih). U slučaju *Balčik i drugi protiv Turske*,[31] ESLJP je posebno istakao da se države članice „moraju uzdržati od primene nerazumnih posrednih ograničenja" slobode mirnog okupljanja. Zbog njihove čvrste povezanosti, najizraženiji oblik posrednog ograničenja slobode okupljanja jeste ograničenje slobode udruživanja. Povodom tog pitanja ESLJP je stao na stanovište da „iako su dosadašnji nalazi nacionalnih sudova koji su razmatrali slobodu udruživanja nesumnjivo relevantni u pogledu opasnosti koje njegovi skupovi mogu predstavljati, automatsko oslanjanje na činjenicu da se jedna organizacija smatra protivustavnom – i da joj je odbijena registracija – ne može biti dovoljno da opravda po članu 11 stav 2 Konvencije praksu sistematskog ograničenja slobode mirnog okupljanja. Sud mora ispitati konkretne osnove za opravdano ograničenje i značaj tog ograničenja".[32]

---

26 I. Krstić, T. Marinković, 224.

27 ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden" v. Bulgaria*, no. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 Oktober 2001, paras. 79–80.

28 ECtHR, *Oya Atman v. Turkey*, no. 74552/01, Judgement of 5 December 2006, para. 30, 40–44, *http://echr.ketse.com/doc/74552.01-en-20061205/view/*, 22. jul 2018.

29 Na primer, Advokatska komora je jednom advokatu u Francuskoj izrekla disciplinsku meru zbog učestvovanja u demonstracijama protiv usvajanja Zakona o sigurnosti i slobodi. ECtHR, *Ezelin v. France,* no. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–57675%22]}*, 19. jul 2018.

30 ECtHR, *Plattform „Ärzte für das Leben" v. Austria*, no. 10126/82, Judgment of 21 June 1988, para. 32, 34.

31 ECtHR, *Balçık and Others v. Turkey*, no. 25/02, Judgment of 29 November 2007, para. 47, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–83580%22]},* 4.oktobar 2018.

32 ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden" v. Bulgaria*, no. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 Oktober 2001, para. 92.

3.3. Uslovi ograničenja

(1) *Predviđenost u zakonu*. Ograničenje slobode okupljanja mora kao takvo biti propisano zakonom države.[33] Zasnovanost ograničenja na zakonu, ESLJP poima kao zasnovanost na pravu, to jest na normama pisanog i nepisanog prava.[34] Pojam zakona shvata u materijalnom smislu, pa pod zakonom, osim formalnih zakona, podrazumeva podzakonske akte i sudsku praksu koja ih tumači,[35] pravila strukovnih udruženja,[36] međunarodne ugovore i norme prava Evropske unije. Međutim, da bi se takva pravna norma mogla smatrati zakonom, mora da ispunjava kvalitete dostupnosti i predvidljivosti.[37] Dostupnost zakona podrazumeva mogućnost da se pravni subjekti upoznaju sa njegovom sadržinom. Zahtev za predvidljivošću pravne norme ESLJP je formulisao na sledeći način: „Norma se ne može smatrati 'zakonom' osim ako je formulisana sa dovoljnom preciznošću kako bi se omogućilo svakome – ako je potrebno, uz odgovarajuće savete – da predvidi, do razumnog stepena u datim okolnostima, posledice svojih postupaka."[38] Ipak, ESLJP prihvata „da je nemoguće postići apsolutnu preciznost u pisanju zakona, naročito u oblastima u kojima se kategorije menjaju u skladu sa evolucijom društvenih koncepcija".[39]

(2) *Legitimni razlozi ograničenja*. U čl. 11, st. 2 EKLJP kao legitimni razlozi za ograničenje slobode okupljanja utvrđeni su: interes nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, sprečavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala ili zaštita prava i sloboda drugih. Zamagljenost tih pojmova otvara prostor za slobodnu (diskrecionu) ocenu, pa ih organi vlasti država članica često primenjuju za ograničenje slobode okupljanja.

Nacionalna i javna bezbednost. Nacionalna i javna bezbednost se kao osnovi ograničenja slobode okupljanja relativno široko tumače i u

---

[33] U predmetu *Adali protiv Turske*, ESLJP je utvrdio da način na koji je podnositeljki zahteva ograničena sloboda okupljanja nije bio propisan zakonom budući da nije postojao zakon koji bi regulisao izdavanje dozvola turskim Kipranima koji žive u severnom delu Kipra za prelazak zelene linije i ulazak u južni Kipar kako bi učestvovali u mirnom okupljanju sa grčkim Kipranima. ECtHR, *Adalı v. Turkey*, no. 38187/97, Judgment of 31 March 2005, *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–68670*, 20. jul 2018.

[34] ECtHR, *Sunday Times v. United Kingdom*, no. 6538/74, Judgement of 26 April 1979, para. 47, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–57584%22]}*, 20. jul. 2018.

[35] ECtHR, *Kervanci v. France*, no. 31645/04, Judgement of 4 December 2008, para. 52. Nav. prema: I. Krstić, T. Marinković, 225.

[36] ECtHR, *Barthold v. Germany*, no. 8734/79, Judgement of 26 April 1979, para. 52, *http://echr.ketse.com/doc/8734.79-en-19850325/view/*, 20. jul 2018.

[37] ECtHR, *Amann v. Switzerland*, no. 27798/95, Judgement of 16 February 2000, para. 50, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58497%22]}*, 20. jul 2018.

[38] ECtHR, *Ezelin v. France,* no. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, para. 45.

[39] *Ibid*.

praksi često koriste. Kao osnov ograničenja, nacionalna bezbednost se najčešće koristi u borbi protiv terorizma i ekstremizma. Takvi napori zahtevaju različite vanredne mere kojima se neposredno ili posredno može ograničiti sloboda okupljanja. Prema stavu ESLJP, svaka takva vanredna mera predostrožnosti treba da bude transparentna i zasnovana na potkrepljenim dokazima. U slučaju *Makmudov protiv Rusije*,[40] ESLJP je konstatovao da država nije pružila uverljive i verodostojne dokaze da je postojala opasnost od terorističkog akta i ocenio je da je u konkretnom slučaju povređen čl. 11 EKLJP.

Razlozi zaštite javne bezbednosti u značajnoj meri se podudaraju sa razlozima zaštite javnog reda, to jest sa razlozima sprečavanja nereda ili kriminala. Mogu biti legitiman osnov ograničenja u onim situacijama kada postoje čvrsti dokazi da bi uživanje slobode okupljanja predstavljalo realnu opasnost za bezbednost većeg broja ljudi.

Sprečavanje nereda ili kriminala. Sprečavanje nereda ili kriminala biće legitiman osnov ograničenja slobode okupljanja samo ako je utemeljen na jasnim i ubedljivim razlozima, odnosno dokazima, a ne na pretpostavljenom riziku.[41] Tako je u predmetu *Cise protiv Francuske*,[42] ESLJP ocenio da je akcija evakuacije ilegalnih imigranata iz crkve koju su zauzeli kako bi privukli pažnju javnosti imala legitiman cilj koji se ogleda u sprečavanju nereda.

Opšte ograničenje slobode okupljanja biće opravdano samo ako postoji realna opasnost da će se prilikom okupljanja građana dogoditi neredi koji se ne mogu sprečiti na drugi način.[43] Mogućnost da se organizuju nasilne protivdemonstracije ili da se učesnicima javnog skupa pridruže ekstremisti skloni nasilju,[44] sporadično nasilje ili kažnjiva dela učinjena tokom demonstracija od pojedinaca ne mogu se smatrati legitimnim osno-

---

40 ECtHR, *Makhmudov v. Russia*, no. 35082/04, Judgment of 26 Jul 2007, paras. 68–73, *http://echr.ketse.com/doc/35082.04-en-20070726/view/*, 21. jul 2018.

41 *Ibid*.

42 Podnosilac predstavke je bio pripadnik grupe stranaca, bez validne dozvole boravka, koja je odlučila da preduzme kolektivnu akciju, kako bi privukla pažnju javnosti na teškoće sa kojima su suočeni pripadnici grupe u postupku preispitivanja njihovog imigrantskog statusa u Francuskoj. Njihova kampanja je kulminirala odlukom da okupiraju crkvu, u kojoj je grupa i boravila oko dva meseca. Ni sveštenik ni parohijski savet nisu se protivili njihovom prisustvu, a religiozni obredi i druge ceremonije odvijale su se po planu, bez ikakvog incidenta. Sud je utvrdio da je evakuacija naređena kako bi se okončala okupacija crkve od lica koja su povredila francuske zakone. Ograničenje je, stoga, imalo legitiman cilj, a to je sprečavanje nereda. ECtHR, *Cisse v. France*, no. 51346/99, Judgement of 9 April 2002, paras. 44–46, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–60413%22]}*, 20. jul 2018.

43 V. Dimitrijević *et al*., 252.

44 ECtHR, *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Judgment of 16 July 1980.

vom za ograničenje slobode okupljanja učesnika koji su mirni u svojim namerama i ponašanju.[45]

Zaštita zdravlja i morala. Ograničenje slobode okupljanja radi zaštite zdravlja smatraće se legitimnim ako postoje takve okolnosti koje iziskuju ograničenje ne samo političkih skupova, već svakog drugog okupljanja ljudi (sportske i kulturne manifestacije, pohađanje škole). Ipak, ESLJP je konstatovao da postoje opravdani zdravstveni razlozi za ograničenje slobode okupljanja i u nekim drugim, specifičnim slučajevima. Na primer, u slučaju *Cise protiv Francuske*[46] intervencija organa vlasti radi evakuacije demonstranata iz crkve bila je, osim iz drugih razloga, opravdana i zbog toga što se njihovo zdravlje pogoršalo usled štrajka glađu i loših sanitarnih uslova.

Zaštita morala može da bude legitiman osnov za ograničenje slobode okupljanja samo ako uz povredu morala istovremeno postoji i povreda zakona. Zaštita morala kao legitimni osnov za ograničenje slobode okupljanja ne sme da bude odraz moralnih pogleda političkih zvaničnika. Prema stavu koji je ESLJP zauzeo u slučaju *Noris protiv Irske*,[47] mere koje se odnose na očuvanje javnog morala moraju da budu testirane prema objektivnom standardu u pogledu toga da li ispunjavaju aktuelne društvene potrebe i poštuju princip proporcionalnosti.

Zaštita prava i sloboda drugih. Za demokratsko društvo je od suštinske važnosti da se uspostavi odgovarajuća ravnoteža između slobode okupljanja i prava drugih ljudi koji na istom prostoru stanuju, rade ili se na njemu zateknu.[48] Uživanjem slobode okupljanja najčešće se angažuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8 EK), pravo na mirno uživanje imovine (čl. 1 Protokola 1 EK), pravo na slobodu i sigurnost (čl. 5 EK), pravo na slobodu kretanja (čl. 2 Protokola 4 EK). Prema praksi ESLJP, privremeni prekid saobraćaja sam po sebi nije opravdan razlog za ograničenje slobode okupljanja.[49] Sloboda okupljanja se može ograničiti samo ako je njenim uživanjem dostignut posebno visok prag ugroženosti prava drugih. U takvim slučajevima posebno je značajna učestalost javnih okupljanja na istom prostoru i pred istim ljudima. U pred-

---

45 ECtHR, *Ziliberberg v. Moldova*, no. 61821/00, Judgment of 4 May 2004, *http://echr.ketse.com/doc/61821.00-en-20040504/view/*, 21. jul 2018.

46 ECtHR, *Cisse v. France*, no. 51346/99, Judgement of 9 April 2002, para. 51.

47 ECtHR, *Norris v. Ireland*, no. 10581/83, Judgement of 26 Oktobar 1988, paras. 44–46, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–60413%22]}*, 20. jul 2018.

48 OSCE/ODIHR, 42–44.

49 ECtHR, *Eva Molnar v. Hungary*, no. 10346/05, Judgement of 7 Oktobar 2008, para. 34, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–88775%22]}*, 23. jul 2018.

metu *Moreno Gomez protiv Španije*,[50] ESLJP je ocenio da je povređeno pravo na privatnost (čl. 8 EK) podnosioca predstavke koji živi u rezidencijalnom delu Valensije, budući da je, iako su javne vlasti preduzele izvesne mere iz svoje nadležnosti, uživanje slobode okupljanja u dužem periodu, posebno noću, bilo praćeno prekomernom bukom.

Neophodnost u demokratskom društvu. Demokratija je osnovna karakteristika evropskog poretka, „jedini politički model predviđen Konvencijom i, stoga, jedini kompatibilan s njim".[51] U tom duhu, ESLJP naglašava da „jedini oblik neophodnosti koji može opravdati zadiranje u bilo koje od prava jeste onaj koji može dokazati da potiče iz „demokratskog društva".[52] Da bi ograničenje bilo neophodno u demokratskom društvu, mora postojati *hitna društvena potreba* za zadiranje u slobodu okupljanja i takvo zadiranje mora biti *proporcionalno* legitimnom cilju kome se teži. ESLJP državama priznaje polje slobodne procene u primeni testa proporcionalnosti,[53] ali naglašava da „neophodnost" u smislu tog testa ne znači obaveznu primenljivost i da ograničenja slobode kao izuzetke od pravila treba tumačiti restriktivno.[54]

Postojanje hitne društvene potrebe ESLJP utvrđuje uzimajući u obzir okolnosti celokupnog događaja, a zatim odlučuje da li je osporena mera bila „proporcionalna legitimnom cilju kome se težilo" i da li su razlozi kojima je država pokušala da opravda zadiranje „relevantni i dovoljni".[55] Pritom, ESLJP mora da se uveri da su nacionalne vlasti primenile standarde koji su u skladu sa principima sadržanim u čl. 11 EKLJP i da su svoje odluke zasnovale na prihvatljivoj oceni relevantnih činjenica.[56] Saglasno tome, u predmetu *Hrišćani protiv rasizma i fašizma protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,[57] postojanje hitne društvene potrebe obrazloženo je na sledeći način: „Stanovište Komisije je da se generalna

---

50 ECtHR, *Moreno Gómez v. Spain*, no. 4143/02, Judgement of 16 November 2004, paras. 60–63, *http://echr.ketse.com/doc/4143.02-en-20041116/view/*, 20. jul 2018.

51 ECtHR, *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, no. 19392/92, 30 January 1998, para. 45, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58128%22]}*, 22. jul 2018.

52 *Ibid*.

53 ECtHR, *Gorzelik v. Poland*, no. 44158/98, Judgement of 17 February 2004, para. 96, *http://echr.ketse.com/doc/44158.98-en-20040217/view/*, 22. jul 2018.

54 D. Popović (2012), 284–285.

55 Upor. Violeta Beširević *et al.*, *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017, 307.

56 ECtHR, *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, no. 19392/92, 30 January 1998, paras. 46–47; ECtHR, *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 74651/01, Judgment of 15 Januar 2009, paras. 66–67, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2009-I.pdf*, 25. jul 2018.

57 ECtHR, *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Judgment of 16 July 1980, The Law para. 5.

zabrana demonstracija može opravdati jedino ako postoji stvarna opasnost od nereda koji se ne mogu sprečiti drugim manje strožim merama. S tim u vezi, vlast mora uzeti u obzir posledice zabrane skupova koji sami po sebi ne stvaraju opasnost za javni red. Samo ako štetnost takvih skupova obuhvaćenih zabranom preteže nad bezbednosnim kriterijumima opravdanosti cilja ograničenja i ako ne postoji mogućnost izbegavanja nepoželjnih sporednih posledica ograničenja užim određivanjem obuhvata njegove prostorne primene i trajanja može se smatrati da je ograničenje neophodno u okviru značenja stava 2 člana 11 Konvencije." Na sličan način, u predmetu *Stankov i Ujedinjena makedonska organizacija „Ilinden" protiv Bugarske*,[58] Evropski sud je stao na stanovište da zabrana javnog okupljanja „u okolnostima kad nema stvarno predvidljivog (*real foreseeable*) rizika od nasilničkog delovanja ili podstrekavanja na nasilje ili bilo kog drugog oblika odbacivanja demokratskih načela" nije opravdana u smislu čl. 11, st. 2 Konvencije.

Ograničenje će biti srazmerno legitimnom cilju kome se teži ako su prilikom ograničenja preduzete mere kojima se u najmanjoj mogućnoj meri zadire u slobodu okupljanja. Primenom testa proporcionalnosti, ESLJP ispituje da li je postignuta odgovarajuća ravnoteža između suprotstavljenih interesa strana u pitanju[59] i, kao što je već navedeno, da li su razlozi kojima je država pokušala da opravda zadiranje „relevantni i dovoljni".[60] U predmetu *Elinger protiv Austrije*[61] spor se vodio zbog toga što je podnosicu predstavke, narodnom poslaniku Stranke zelenih, zabranjeno organizovanje komemoracije Jevrejima koji su bili žrtve SS trupa u Drugom svetskom ratu na dan Svih svetih na groblju u Salcburgu. Učesnici su nameravali da na miran način i u tišini izraze svoje mišljenje. Budući da je istog dana i na istom mestu bilo zakazano okupljanje članova udruženja bivših pripadnika SS trupa, policija je, zbog opasnosti od konflikta i ugrožavanja posetilaca groblja, zabranila okupljanje koje je hteo da organizuje g. Elinger. Primenom testa srazmernosti, ESLJP je izrekao da je zabrana bila neproporcionalna svrsi, zato što domaće vlasti nisu uvažile značaj interesa podnosioca predstavke da organizuje skup kakav je želeo da održi, dok su, s druge strane, poklonile preterano veliku pažnju interesima posetilaca groblja. Zbog toga što nije uspostavljena

[58] ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden" v. Bulgaria, no. 29221/95, 29225/95,* Judgment of 2 October 2001, para. 111.

[59] ECtHR, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, no. 7601/76, 7806/77, Judgement of 13 August 1981, para. 63, *http://echr.ketse.com/doc/7601.76–7806.77-en-19810813/view/*, 22. jul 2018.

[60] ECtHR, *Makhmudov v. Russia*, no. 35082/04, Judgment of 26 Jul 2007, para. 65.

[61] ECtHR, *Öllinger v. Austria*, no. 76900/01, Judgment of 26 June 2006. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2006–IX, 65–83, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-IX.pdf*, 23. jul 2018.

ravnoteža različitih interesa i što je prekoračeno polje slobodne ocene, ESLJP je konstatovao da je povređen čl. 11 EK. U slučaju *Ezelin protiv Francuske*,[62] ESLJP je ispitao disciplinsku sankciju izrečenu advokatu koji je učestvovao u demonstracijama protiv usvajanja zakona o „sigurnosti i slobodi" kako bi utvrdio da li je srazmerna legitimnom cilju kome se teži, imajući u vidu poseban značaj slobode mirnog okupljanja i slobode izražavanja koje su u ovom slučaju tesno povezane. U presudi je konstatovano da disciplinska sankcija koja je izrečena advokatu, ma koliko bila minimalna, nije bila neophodna u demokratskom društvu.

3.4. Personalna ograničenja i vanredne okolnosti

Personalna ograničenja. Pojedinim kategorijama lica EKLJP ne garantuje slobodu mirnog okupljanja na opšti način. Tako je u čl. 11, st. 2 EKLJP propisano: „Ovim se članom ne sprečava zakonito ograničavanje vršenja ovih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave." Razlog za to je u specifičnosti njihove uloge u društvu.[63] Zbog toga je za ograničenje njihove slobode okupljanja dovoljan samo uslov da takvo ograničenje bude zakonito, a nije nužno da budu ispunjeni i uslovi neophodnosti u demokratskom društvu i proporcionalnosti. ESLJP je u nekoliko predmeta, istina u vezi sa ograničenjem slobode udruživanja, tumačio navedene odredbe čl. 11, st. 2 EKLJP. Tako izraz „zakonito ograničenje" u sudskoj praksi ima isto značenje kao izrazi „u skladu sa zakonom" i „propisano zakonom" koji se nalaze u drugom stavu svakog člana od 9 do 11 EKLJP.[64] U predmetu *Vogt protiv Nemačke*,[65] ESLJP je presudio da izraz „državna služba" u poslednjoj rečenici čl. 11, st. 2 EKLJP treba da se tumači usko, u kontekstu položaja koji službenik zauzima.

Takođe, države mogu da ograniče okupljanja stranaca koja su usmerena na političko delovanje, bez opasnosti da će se takva ograničenja smatrati nedozvoljenom diskriminacijom.[66] Na to upućuje čl. 16 EKLJP kojim se dopušta ograničenje političkih aktivnosti stranaca. Ipak, situacija je danas nešto drugačija u zemljama članicama Evropske unije, s obzirom na to da njihove državljane pogađaju politička zbivanja u drugim zemljama članicama EU mnogo više nego u vreme kada je usvojena EKLJP.[67]

---

[62] ECtHR, *Ezelin v. France,* no. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, paras. 51–53.

[63] V. Dimitrijević *et. al.*, 252–253.

[64] ECtHR, *Rekvényi v. Hungary*, no. 25390/94, Judgment of 20 May 1999, paras. 34–38, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58262%22]}*, 21. jul 2018.

[65] ECtHR, *Vogt v. Germany,* no. 17851/91, Judgment of 26 July 1995, para. 67, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58012%22]}*, 21. jul 2018.

[66] V. Dimitrijević *et. al.*, 253.

[67] *Ibid.*, 302.

Vanredne okolnosti. U doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije, države mogu da preduzmu mere koje odstupaju od njihovih obaveza da garantuju slobodu okupljanja (čl. 15 EKLJP). Mere ograničenja moraju biti u najnužnijoj meri koju iziskuje data situacija, s tim što takve mere ne mogu biti u suprotnosti s drugim obavezama države prema međunarodnom pravu. Prema praksi ESLJP, vanredne okolnosti moraju biti takve da „utiču na celo stanovništvo i predstavljaju pretnju organizovanom životu zajednice“.[68]

Nakon proglašenja javne opasnosti, država će o razlozima i merama odstupanja od odredaba EKLJP obavestiti generalnog sekretara Saveta Evrope. Takve mere su, po pravilu, vremenski oročene i pod nadzorom generalnog sekretara Saveta Evrope. O njihovom prestanku i potpunoj primeni EKLJP, država će obavestiti generalnog sekretara Saveta Evrope. Najbliži primer je obaveštenje o uvođenju vanrednog stanja na period od tri meseca i odstupanju od odredaba EKLJP za vreme njegovog trajanja koje je Turska 21. jula 2016. godine dostavila Savetu Evrope.[69] Vanredno stanje je na svaka tri meseca više puta produžavano, a 9. avgusta 2018. godine Generalni sekretarijat Saveta Evrope zvanično je obavešten da je posle gotovo dve godine trajanja vanredno stanje ukinuto 19. jula 2018. godine. [70]

3.5. Drugi razlozi ograničenja

(1) *Proceduralni razlozi – prijava/odobrenje*. Prema praksi ESLJP, postojanje sistema prijave ili odobrenja (dozvole) okupljanja nije suprotno čl. 11, st. 1 EKLJP zato što organizovanje javnog skupa zahteva iznalaženje različitih praktičnih rešenja za određivanje vremena, prostora, režima saobraćaja i drugih okolnosti zbog čega je neophodna bar minimalna saradnja organizatora skupa sa vlastima.[71]

Uredno prijavljen skup koji nije zabranjen uživa pretpostavku zakonitosti, što je jedan od suštinskih uslova za delotvornost slobode okupljanja i slobode izražavanja. S druge strane, državna vlast nema diskreci-

---

[68] ECtHR, *Lawless v. Ireland*, no. 332/57, Judgment of 1 July 1961, The Law para. 28, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–57518%22]}*, 4. oktobar 2018.

[69] Tekst obaveštenja dostupan na veb-sajtu: *https://rm.coe.int/0900001680694 96b*, 6. oktobar 2018.

[70] Nav. prema: Lista Saveta Evrope o rezervacijama i deklaracijama za Ugovor br. 005 – Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=jX2bIpB2&_coeconventions_WAR_coeco*, 6. oktobar 2018.

[71] ECtHR, *Rassemblement Jurassien Unité Jurassienne v. Switzerland*, no. 8191/78, Judgment of 10 October 1979, *http://echr.ketse.com/doc/8191.78-en-19791010/view/*, 22. jul 2018.

ono ovlašćenje u pogledu dozvole skupova, već mora delovati u skladu sa nacionalnim pravnim poretkom i jurisprudencijom ESLJP.[72] To znači da sam čin zabrane takvog skupa može predstavljati povredu čl. 11 EKLJP, osim ako se zabranom koja je zasnovana na zakonu ostvaruje jedan ili više legitimnih ciljeva i ako je takva zabrana neophodna u demokratskom društvu.[73] Spor *Bukta i drugi protiv Turske*[74] pokrenut je zbog prevremenog okončanja neprijavljenog skupa intervencijom policije. Podnosioci predstavke su se okupili ispred hotela u Budimpešti u kojem je mađarski premijer prisustvovao prijemu koji je priredio rumunski premijer. Prijavu nisu podneli policiji budući da je mađarski premijer potvrdio svoje učešće na prijemu dan uoči njegovog održavanja, a mađarsko pravo propisuje da se skup prijavljuje najmanje tri dana unapred. ESLJP je u tom predmetu zaključio da se rasturanje mirnog okupljanja, koje nije bilo prijavljeno, ne može smatrati neophodnim u demokratskom društvu za ostvarenje ciljeva kojima se težilo. U presudi je konstatovao da je „u posebnim okolnostima kada se može opravdati momentalna reakcija na određeni politički događaj, koji bi imao oblik mirnog okupljanja, njegovo rasturanje sa jedinim obrazloženjem da obaveza prethodnog prijavljivanja nije bila poštovana, uz ponašanje učesnika koje nije suprotno zakonu, nesrazmerno ograničenje slobode mirnog okupljanja“.[75]

(2) *Mesto, vreme i način*. Nacionalna zakonodavstva uglavnom propisuju ograničenja slobode okupljanja koja se odnose na mesto i vreme održavanja okupljanja. Sami po sebi, ti razlozi ne mogu predstavljati dovoljan osnov za ograničenje slobode okupljanja već uz njih mora biti ispunjen neki od uslova predviđen čl. 11 EKLJP. Takva ograničenja ponekad mogu predstavljati pogodno sredstvo kojim organi vlasti, umesto da zabrane okupljanje, promenom „mesta, vremena ili načina“ održavanja okupljanja mogu postići svrhu ograničenja, pri čemu učesnike neće onemogućiti da izraze svoje mišljenje i da upute željenu poruku (princip srazmernosti).[76]

---

72 Dragoljub Popović, *European human rights law – a manual*, The Hague 2013, 274.

73 U predmetu *Oja Atman protiv Turske*, ESLJP je stao na stanovište da ako je skup miran, okolnost neprijavljivanja takvog skupa ne opravdava njegovo ograničenje, te da je važno da vlasti prema učesnicima skupa koji su u takvoj (nezakonitoj) situaciji pokažu izvestan stepen tolerancije sve dok je skup mirnog karaktera. ECtHR, *Oya Atman v. Turkey*, no. 74552/01, Judgement of 5 December 2006, paras. 39, 42.

74 ECtHR, *Bukta and others v. Turkey*, no. 25691/04, Judgement of 17 July 2007, paras. 7–10, 35, 37–38. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2007–III, 341–352 *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2007-III.pdf*, 22. jul 2018.

75 *Ibid*., para. 36.

76 Na primer, ograničenje načina održavanja okupljanja može se odnositi na upotrebu odgovarajuće opreme za pojačavanje zvuka ili osvetljenja i vizuelnih efekata.

Pitanje ograničenja mesta okupljanja razmatrano je u praksi ESLJP više puta. U predmetu *Raj i Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,[77] ESLJP je odbacio predstavku o povredi slobode okupljanja kao neosnovanu, zato što su njeni podnosioci organizovali demonstracije na području Vajthola (*Whitehall*), koji se nalazi nasuprot ulice Dauning (*Downing street*) u Londonu, koje je određeno kao „označeno područje" (*designated area*), a okupljanje prethodno nisu prijavili u skladu sa Zakonom o ozbiljnom organizovanom kriminalu i policiji (*Serious Organised Crime and Police Act*) iz 2005. godine. U predmetu *Anderson i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,[78] ESLJP je, uzimajući u obzir cilj okupljanja, stao na stanovište da podnosiocima predstavke zabranom ulaska u tržni centar na neodređeno vreme zbog njihovih antidruštvenih aktivnosti nije povrđena sloboda okupljanja u smislu čl. 11 EKLJP. U predmetu *Aplebi i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,[79] ESLJP je konstatovao da time što im je privatna kompanija zabranila okupljanje u tržnom centru podnosiocima predstavke nije povređena sloboda izražavanja jer su oni imali druge načine da izraze svoja uverenja izvan prostora tržnog centra.

(3) *Ograničenja zasnovana na sadržaju*. Zaštita mišljenja i slobode izražavanja jedna je od svrha prava na slobodu okupljanja i udruživanja, pa se, bez obzira na njegovu autonomnu ulogu i poseban delokrug njegove primene, čl. 11 EKLJP mora posmatrati u svetlu čl. 10 EKLJP.[80] Međutim, sloboda okupljanja ne može biti ograničena zbog izraženih stavova ili izjava učesnika javnog skupa. Neprihvatljivo je da se zadiranje u slobodu okupljanja opravdava isključivo na osnovu utiska javne vlasti o prirodi određenog protesta i poruci koju on upućuje. ESLJP je istakao da su „granice dopuštene kritike šire u odnosu na vladu nego u odnosu na građane, pa čak i političare"[81] te, saglasno tome, kritika vlasti ili državnih službenika ne može biti jedini osnov za ograničenje slobode okupljanja.

Sloboda okupljanja i sloboda izražavanja uživaju zaštitu čak i ako su izražene ideje, mišljenja i poruke neprijateljske i uvredljive za druge

---

77 ECtHR, *Rai and Evans v. the United Kingdom*, no. 26258/07, 26255/07, Judgment of 17 November 2009, *http://echr.ketse.com/doc/332.57-en-19610701/view/*, 22. jul 2018.

78 ECtHR, *Anderson and others v. United Kingdom*, no. 33689/96, Judgment of 27 October 1997, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–3988%22]}*, 23. jul 2018.

79 ECtHR, *Appleby and others v. United Kingdom*, no. 44306/98, Judgment of 15 October 2002, *http://echr.ketse.com/doc/44306.98-en-20021015/view/, 23. jul 2018*. Vid. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, London – New York 2009, 565.

80 ECtHR, *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 74651/01, Judgment of 15 Januar 2009, para. 63.

81 ECtHR, *Incal v. Turkey*, no. 22678/93, Judgment of 9 June 1998, para. 54, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58197%22]}*, 4. oktobar 2018.

ljude, grupe ili pojedine delove društva.[82] S druge strane, podstrekavanje na nasilje i zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje koja predstavlja podstrek na diskriminaciju, neprijateljstvo i nasilje legitimne su osnove za ograničenje slobode okupljanja i slobode izražavanja. Govor mržnje, čak i kada je usmeren na povredu prava i sloboda zaštićenih EKLJP, sam po sebi ne opravdava prekid javnog skupa. U takvim situacijama, preduzimanje mera ograničenja samo prema određenim pojedincima bilo bi saglasno principu proporcionalnosti. Pritom se na osnovu okolnosti svakog pojedinog slučaja mora proceniti da li sporno ponašanje predstavlja namerno podstrekavanje na nasilje. U predmetu *Hrišćanska demokratska narodna partija protiv Moldavije (br. 2)*,[83] ESLJP je ocenio da se postupci poput uzvikivanja slogana „Dole sa totalitarnim režimom Voronina" i „Dole Putinov okupacioni režim", čak i kad su praćeni spaljivanjem slike predsednika Ruske Federacije i ruske zastave, ne mogu smatrati pozivanjem na nasilje već ih „treba shvatiti kao izraz nezadovoljstva i protesta" i kao „oblik izražavanja mišljenja o pitanju od velikog javnog interesa, naime o prisustvu ruskih trupa na teritoriji Moldavije".

4. GRANICE SLOBODE OKUPLJANJA U REPUBLICI SRBIJI

U pravnom poretku Republike Srbije[84] sloboda okupljanja je zajemčena odredbama čl. 54 Ustava Republike Srbije – (Ustav),[85] a bliže uređena Zakonom o javnom okupljanju – (ZJO).[86]

Međutim, sloboda okupljanja ne predstavlja apsolutno pravo već trpi izvesna ograničenja u slučajevima koji su propisani čl. 54, st. 4 Ustava. Kada je reč o samom pojmu ograničenja slobode okupljanja, stano-

[82] OSCE/ODIHR, 48–50.

[83] ECtHR, *Christian Democratic People's Party v. Moldova (No.2)*, no. 25196/04, Judgment of 2 February 2010, para. 27, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–97049%22]}*, 4. oktobar 2018. Vid. ECtHR, *United Macedonian Organisation „Ilinden" and others v. Bulgaria*, no. 59491/00, Judgment of 19 January 2006, para. 76, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–72093%22]}*, 4. oktobar 2018.

[84] Pravnom analizom je obuhvaćeno pozitivno zakonodavstvo u ovoj oblasti (Ustav i ZJO) i Zakon o okupljanju građana – ZOG, *Službeni glasnik RS*, br. 51/1992, 53/1993, 67/1993, 17/1999 i 33/1999, *Službeni list SRJ*, br. 21/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 29/2001 i 101/2005, koji je bio na snazi gotovo deset godina nakon donošenja Ustava (2006–2015), a koji je Ustavni sud Srbije 9. aprila 2015. godine ocenio neustavnim. Vid. Odluku IUz broj 204/2013 od 9. aprila 2015, *Službeni glasnik* RS, br. 88/2015. Zbog nepostojanja prakse Ustavnog suda Srbije u odnosu na primenu ZJO, analizom je obuhvaćena i u radu prikazana praksa Ustavnog suda Srbije u periodu važenja ZOG-a.

[85] *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

[86] *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016.

višta Ustavnog suda Srbije usaglašena su sa praksom ESLJP prema kojoj se, kao što je već navedeno, zadiranjem u slobodu okupljanja smatraju brojne represivne mere koje država preduzima pre održavanja okupljanja, za vreme trajanja okupljanja i po završetku okupljanja. Tako je u jednom predmetu Ustavni sud Srbije ocenio „da je mešanje države prekršajnim kažnjavanjem podnosilaca ustavne žalbe kao učesnika konkretnog sindikalnog protesta, u suštini dovelo do povrede slobode podnosilaca ustavne žalbe na javno okupljanje, zajemčene odredbom člana 54. stav 1. Ustava“.[87]

Prvo ograničenje slobode okupljanja odnosi se na zahtev da okupljanje bude mirno (čl. 54, st. 1 Ustava), što podrazumeva način na koji se organizuje jedan skup na kome se izražavaju određena mišljenja, ideje i stavovi, ali se ne podrazumeva i sadržina iznetog mišljenja.

Drugo ograničenje je personalnog karaktera, s obzirom na to da čl. 54, st. 1 Ustava slobodu mirnog okupljanja ne zajemčuje „svakome“ kao čl. 11, st. 1 EKLJP, već samo građanima, odnosno državljanima Republike Srbije.[88] Međutim, odredbama čl. 2, st. 2 ZJO priznato je pravo svakome, uključujući i strance, da u skladu sa tim zakonom organizuje okupljanje i da u njemu učestvuje, što je u skladu sa evropskim pravnim standardima.

Sledeću grupu ograničenja slobode okupljanja čine ograničenja koja se odnose na potrebu zaštite javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije (čl. 54, st. 4 Ustava). Ustavni osnovi za ograničenje slobode okupljanja razrađeni su čl. 8 ZJO, koji nosi rubrum „Ograničenja slobode okupljanja“ i kojim je propisano da okupljanje „nije dozvoljeno“[89] u sledećim slučajevima: kada postoji ugrožavanje bezbednosti ljudi i imovine, javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije; kada su ciljevi okupljanja usmereni na pozivanje i podsticanje na oružani sukob ili upotrebu nasilja, na kršenje ljudskih i manjinskih sloboda i prava drugih, odnosno na izazivanje ili podsticanje rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti; kada nastupi opasnost od nasilja, uništavanja imovine ili

[87] Odluka Už broj 5436/10 od 11. decembra 2013, *Službeni glasnik* RS, br. 1/2014, para. 6.

[88] Ova ustavna odredba je zbog toga odavno kritikovana od Venecijanske komisije, mada u pogledu političkih aktivnosti stranaca nije u suprotnosti sa odredbama čl. 16 EKLJP. European Commission for Democracy through Law (Venice commission), *Opinion on the Constitution of Serbia*, Strasbourg 2007, Opinion No. 405/2006, 9–10, para. 37, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)004-e*, 6.oktobar 2018.

[89] Sintagma „nije dozvoljeno“ predstavlja redakcijsku grešku. Reč je o zabrani javnog okupljanja budući da ZJO ne propisuje sistem dozvole već sistem prijave javnog okupljanja.

drugih oblika narušavanja javnog reda u većem obimu; ako je održavanje okupljanja suprotno odredbama ovog zakona. Uz konstataciju da postoje izvesna preklapanja sa ustavnim osnovima,[90] moglo bi se zaključiti da su zakonski razlozi usklađeni sa odredbama Ustava i EKLJP.

Zaštita javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti ljudi i imovine, osim razloga ometanja javnog saobraćaja,[91] predstavljaju najčešće razloge zbog kojih su u ustavnoj praksi zabranjivani javni skupovi.[92]

Osim njih, u istom članu ZJO propisani su i proceduralni razlozi („ako je održavanje okupljanja suprotno odredbama ovog zakona“) pod kojima se, pre svega, podrazumevaju obaveze prijave određenih javnih okupljanja na otvorenom prostoru i obaveze organizatora/vođe okupljanja. Takvi razlozi, bez obzira na to što su propisani zakonom (i što zakon za nepoštovanje obaveza koje ima organizator/vođa okupljanja propisuje sankcije),[93] sami po sebi ne mogu biti dovoljni za ograničenje slobode okupljanja već uz njih mora postojati neki od ustavnih razloga ili razloga koji su propisani EKLJP, budući da je u čl. 54, st. 4 Ustava, slično kao i u čl. 11, st. 2 EKLJP, utvrđeno da se sloboda okupljanja može zakonom ograničiti „samo ako je to neophodno radi zaštite javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije“.

Kao i njihovi prethodnici, Ustav i ZJO poznaju liberalni sistem prijave javnog okupljanja, što znači da održavanje javnog okupljanja ne odobrava nadležni organ (policija). Obavezno je prijavljivanje javnih okupljanja na otvorenom prostoru (čl. 12, st. 1 ZJO), dok obavezi prijavljivanja ne podležu okupljanja u zatvorenom prostoru, verska okupljanja, druga tradicionalna narodna okupljanja, vašari, sabori, svadbe, pogrebi, državne svečanosti i spontana mirna okupljanja, bez organizatora, kao neposredna reakcija na određeni događaj (čl. 13). Čini se da je manjkavost ZJO to što nema odredbe o pravnom režimu tzv. hitnih okupljanja

---

[90] Upor. ZJO, čl. 8, tač. 1 i Ustava, čl. 54, st. 4.

[91] Sprečavanje ometanja javnog saobraćaja kao razlog ograničenja slobode okupljanja bio je propisan čl. 43, st. 2 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 1/90 i čl. 11, ZOG-a, a u našoj pravnoj nauci je odavno ukazano na njegovu „besmislenost“ i neusklađenost sa međunarodnim pravnim standardima. Vid. V. Dimitrijević, M. Paunović, V. Đerić, 343. Smatramo da takva ocena nije ispravna jer se „ometanje javnog saobraćaja“ lako može dovesti u vezu sa razlogom ograničenja slobode okupljanja „radi zaštite prava i sloboda drugih“ koji je utvrđen u čl. 11, st. 2 EKLJP. Takvo stanovište saglasnosti tog razloga ograničenja sa odredbama čl. 54, st. 4 Ustava zastupa Dragan M. Stojanović. Vid. Izvojeno mišljenje sudije dr Dragana M. Stojanovića na odluku Ustavnog suda IUz – 204/2013 od 9. aprila 2015.

[92] Na primer, Rešenje MUP, Direkcije policije, Policijske uprave za grad Beograd, Policijske stanice Stari grad br. 212–113/2008 od 7. marta 2008; Rešenje MUP, Direkcije policije, Policijske uprave za grad Beograd, Policijske stanice Savski venac br. 212–613/2011 od 30. septembra 2011.

[93] Vid. ZJO, čl. 21–22.

koja se javljaju u respektabilnoj uporednoj ustavnoj praksi (na primer, u Nemačkoj)[94] i praksi ESLJP.[95] Hitna okupljanja su slična spontanim okupljanjima, ali se od njih razlikuju po tome što imaju organizatora i što kod njih prijava javnog okupljanja nije nemoguća već je nemoguće samo održanje roka za prijavu. U takvim situacijama ne bi trebalo odustati od prijave već bi trebalo skratiti rok za prijavu koju treba podneti čim se za to ukaže prilika.

Kada je reč o proceduri odlučivanja o pravu na javno okupljanje (postupku zaštite prava),[96] odredbe ZJO su usaglašene sa evropskim pravnim standardima, budući da je zakonom propisana kontrola zakonitosti i celishodnosti rešenja kojima se zabranjuje javno okupljanje, da postoji mogućnost izjavljivanja žalbe MUP-u u kratkom roku (24 časa) i da je utvrđena dužnost MUP-a da donese drugostepeno rešenje po žalbi odmah, a najkasnije u roku od 24 časa, čime se postiže procesno svojstvo konačnosti rešenja o zabrani okupljanja do vremena za kada je okupljanje zakazano.[97] Međutim, pošto ne postoje odredbe o kratkom roku za pokretanje upravnog spora i odredbe o hitnosti postupka u kojem Upravni sud odlučuje o zakonitosti rešenja, sudska kontrola akata kojima se ograničava sloboda okupljanja podvedena je pod opšti režim upravnog spora, a to znači da će ona uslediti mnogo kasnije u odnosu na vreme za koje je zakazano održavanje javnog okupljanja.[98]

Osim pomenutih ograničenja, ZJO propisuje i ograničenja mesta[99] i vremena održavanja javnog okupljanja. Pod mestom okupljanja podrazumeva se „svaki prostor koji je bez uslova ili pod istim uslovima, dostupan individualno neodređenom broju lica" (čl. 4, st. 1 ZJO). Zakonodavac je

---

94 *BverfGE* 85, 69.

95 ECtHR, *Rai and Evans v. the United Kingdom*, no. 26258/07, 26255/07, Judgment of 17 November 2009; ECtHR, *Bukta and others v. Turkey*, no. 25691/04, Judgement of 17 July 2007, para. 36.

96 Povreda prava na pravno sredstvo iz čl. 36, st. 2 Ustava najčešći je razlog zbog kojeg je Ustavni sud za vreme važenja ZOG-a usvojio više ustavnih žalbi i utvrdio povrede prava na slobodu okupljanja iz čl. 54, st. 1 Ustava. Vid. Odluku Už broj 1918/2009 od 22. decembra 2011, *Službeni glasnik* RS, br. 8/2012; Odluku Už broj 4078/2010 od 29. februara 2012, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2012; Odluku Už broj 5284/2011 od 18. aprila 2013, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2013; Odluku Už broj 8591/2013 od 21. aprila 2016; Odluku Už broj 3048/2015 od 26. oktobra 2017; Odluku Už broj 4809/2015 od 26. oktobra 2017.

97 Sreten Jugović, „Pogled na (nova) zakonska rešenja o javnim okupljanjima u Republici Srbiji od 2016. godine", *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, *tom 1* (ur. Biljana Simeunović Patić), Beograd 2017, 133–134,136.

98 *Ibid*.

99 Prostorna ograničenja očigledno imaju veliki značaj, budući da im je ZJO posvetio čak tri člana (4–6), više nego bilo kom drugom ograničenju ili pravnom institutu.

pojam „mesto okupljanja" vezao za pojam „javnog mesta",[100] pa se čini da je takvim rešenjem isključio pravnu zaštitu okupljanjima na privatnom posedu koji je otvoren za javnost (na primer, tržni centri), iako su takva okupljanja aktuelna u uporednoj ustavnoj praksi i praksi ESLJP.[101] Zatvoreni prostor je određen kao „prostor, objekat ili prostorija ograđena ili označena, u kojoj se vrši okupljanje i u koju se može ući ili iz nje izaći samo na za to određenom prostoru" (čl. 4, st. 2 ZJO). Budući da obaveza prijave postoji samo za okupljanja na otvorenom prostoru, definisanje „zatvorenog" prostora predstavlja dobro zakonsko rešenje jer olakšava njihovo razlikovanje, posebno kada je reč o kombinovanim prostorima.[102] Međutim, prema navedenim kriterijumima, stadioni se mogu smatrati zatvorenim mestom, pa se na taj način isključuje obaveza prijave, što može da bude izazov za organe reda.

Okupljanje u pokretu može se prijaviti i odvijati kao kretanje učesnika okupljanja na određenom prostoru (čl. 5 ZJO). Takvo okupljanje može se odvijati kretanjem i zaustavljanjem kretanja na određenim mestima između mesta polaska i mesta završetka kretanja, što predstavlja korak napred u odnosu na rešenje iz čl. 3, st. 2 ZOG-a, kojim je bilo propisano da se javni skup u pokretu može odvijati „samo neprekinutim kretanjem, osim na mestu polaska i završetka".

Prostorna ograničenja određena su odredbama čl. 6 ZJO, kojima je propisano:

> „Okupljanje nije dozvoljeno na mestu na kojem, zbog karakteristika samog mesta ili njegove posebne namene, preti opasnost od nastupanja ugrožavanja bezbednosti ljudi i imovine, javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije.
>
> Pod mestom iz stava 1. ovog člana, u smislu ovog zakona, smatra se prostor ispred zdravstvene ustanove, škole, predškolske ustanove, kao i prostor ispred objekata od strateškog i posebnog značaja za odbranu i bezbednost Republike Srbije.
>
> Okupljanje nije dozvoljeno na mestima na kojima se održavanjem okupljanja krše ljudska i manjinska prava i slobode drugih, ugrožava moral ili na mestima koja su zatvorena za javnost."

---

[100] Upor. Zakona o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 6/06 i 24/18, čl. 3, tač. 2.

[101] ECtHR, *Anderson and others v. United Kingdom*, no. 33689/96, Judgment of 27 October 1997; ECtHR, *Appleby and others v. United Kingdom*, no. 44306/98, Judgment of 15 October 2002.

[102] S. Jugović, 132.

Propisivanje mesta na kojima nije dozvoljeno okupljanje u skladu je sa odredbama čl. 54, st. 1 Ustava i čl. 11, st. 1 EKLJP, kojima je utvrđeno da je mirno okupljanje građana slobodno, pa iz toga sledi da je održavanje javnog okupljanja načelno dozvoljeno na svakom mestu.[103]

Međutim, u tim odredbama postoji nekoliko spornih momenata. Prvo, one sadrže ograničenja koja su opšta (generalna), blanketna, apsolutna i prethodna (*a priori*). Ograničenja su opšta jer ne prave razliku između pojedinih oblika okupljanja (politička, verska, humanitarna, sportska i dr.) već se odnose na sva javna okupljanja na određenim mestima. Ograničenja su blanketna jer zabranjuju sva javna okupljanja na određenim mestima, a zakon istovremeno ne propisuje ovlašćenje nadležnog organa da ispita objektivne mogućnosti za održavanje javnog okupljanja na takvim mestima, zavisno od okolnosti svakog konkretnog slučaja (*case by case*). Ograničenja su apsolutna jer ne poznaju izuzetke. Postavlja se pitanje zbog čega bi mirno okupljanje ispred bolnice kojim se ne remeti mir bolesnika i ne ometa pristup vozilima hitne pomoći ili mirno okupljanje ispred škole ili predškolske ustanove u vreme kada se u njima ne nalaze deca, zbog „karakteristika" samih tih mesta ili njihove „posebne namene", predstavljalo pretnju i opasnost od ugrožavanja bezbednosti ljudi i imovine, javnog zdravlja, morala ili prava drugih. Ograničenja su prethodna jer su zakonom unapred utvrđena. Drugo, prostorna ograničenja sama po sebi ne mogu biti dovoljna za zadiranje u slobodu okupljanja već uz njih mora postojati neki od ustavnih razloga ili razloga koji su propisani EKLJP, budući da je čl. 54, st. 4 Ustava, slično kao i čl. 11, st. 2 EKLJP, utvrđeno da se sloboda okupljanja može zakonom ograničiti „samo ako je to neophodno radi zaštite javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije". Treće, nejasno je koja su to mesta na kojima bi se samim održavanjem mirnog okupljanja kršila ljudska i manjinska prava i slobode drugih i mesta na kojima bi se samim održavanjem mirnog okupljanja ugrozio moral. Četvrto, budući da je reč o „javnim" okupljanjima (čl. 1 ZJO), nejasno je koja su to „javna" mesta koja su zatvorena za javnost. U tom smislu, dobar putokaz za zakonodavca mogla bi da budu pojedina uporednopravna rešenja koja poznaju relativne zakonske zabrane okupljanja u tzv. označenim područjima (*designated area*)[104] ili ograđenim područjima (*befriedete Bezirke*).[105]

---

[103] Takvo zakonsko rešenje predstavlja napredak u odnosu na čl. 2 ZOG-a kojim je bilo propisano da se okupljanja mogu održavati na za to „primerenom prostoru", a takvi prostori će biti uređeni aktom opštine, odnosno grada.

[104] ECtHR, *Rai and Evans v. the United Kingdom,* no. 26258/07, 26255/07, Judgment of 17 November 2009.

[105] Vid. nemački Zakon o bezbednosno ograđenim područjima za ustavne organe Saveza (Gesetz zur Zusammenführung der Regelungen über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes, 8. Dezember 2008, BGBl. I S. 2366), čl. 1–3, *https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl108s2366.*

Vremensko ograničenje je uređeno odredbama čl. 7 ZJO i njima je propisano da se javna okupljanja mogu „održavati, po pravilu, između 6 i 24 časa“. Spontana okupljanja predstavljaju izuzetak jer se na takva okupljanja ne primenjuju vremenska ograničenja (čl. 13, st. 2 ZJO).

Promena mesta ili vremena održavanja okupljanja ponekad mogu predstavljati pogodno i srazmerno sredstvo kojim organi vlasti, umesto da zabrane okupljanje, mogu postići svrhu ograničenja, ako pritom učesnike ne onemoguće da izraze svoje mišljenje i upute željenu poruku (princip proporcionalnosti).[106] Međutim, Ustavni sud je povodom jedne takve situacije zaključio da je promenom lokacije održavanja okupljanja nadležni organ učesnicima okupljanja onemogućio da se okupe na mestu na kome su želeli, a koje je bilo predviđeno i dozvoljeno aktom jedinice lokalne samouprave o određivanju prostora za okupljanje građana.[107] Takođe, prema praksi ESLJP, nadležni organ vlasti ne može da menja datum koji je organizator planirao za održvanje okupljanja jer ako se okupljanje održi nakon što konkretno društveno pitanje izgubi na značaju, uticaj tog skupa može biti ozbiljno umanjen.[108] Povodom sličnog pitanja, na takvo stanovište stao je i Ustavni sud zaključivši da održavanje pojedinih skupova, po proteku datuma tog praznika (u konkretnom slučaju radilo se o 8. martu) gubi smisao i oslabljuje poruku koju organizatori okupljanja žele da pošalju javnosti.[109]

Osim tih ograničenja, za vreme trajanja vanrednog ili ratnog stanja mogu se propisati mere privremenog odstupanja od uživanja slobode okupljanja (čl. 200–202 Ustava).[110] Takve mere odstupanja od slobode okupljanja propisivane su u Srbiji za vreme ratnog stanja (1999)[111] i vanrednog stanja (2003).[112]

pdf#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl108s2366.pdf%27%5D__153 8823094517*, 6. oktobar 2018.

106 OSCE/ODIHR, 50.

107 Odluka Už broj 1918/2009 od 22. decembra 2011, *Službeni glasnik* RS, br. 8/2012.

108 ECtHR, *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, Judgement of 3 May 2007, para. 82, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–80464%22]}*, 25. jul 2018.

109 Odluka Už broj 4078/2010 od 29. februara 2012, *Službeni glasnik* RS, br. 24/2012.

110 Obrad Stevanović, „Sloboda i bezbednost javnih okupljanja u Republici Srbiji“, *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, *tom 1* (ur. Đ. Đorđević), Beograd 2016, 194.

111 Uredba predsednika Republike Srbije o okupljanju građana za vreme ratnog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 17/99.

112 Odluka vršioca dužnosti predsednika Republike o proglašenju vanrednog stanja u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 21/03.

5. ZAKLJUČAK

Sloboda okupljanja je osnovno pravo u demokratskom društvu i kao takvo ne može se tumačiti restriktivno. Članom 11 EKLJP jemči se sloboda „mirnog" okupljanja, pod kojim se podrazumeva da njegovi organizatori ili učesnici nemaju nasilničke namere i da ne izazivaju nerede. Pravo na kontrademonstracije i mogućnost slučajnog nasilja ili nereda koji mogu nastati zbog nasilne reakcije neistomišljenika nisu legitiman osnov za ograničenje slobode okupljanja. Država ima pozitivnu obavezu da preduzme odgovarajuće mere i obezbedi ostvarivanje slobode mirnog okupljanja. Režim prethodnih dozvola nije nužno povreda slobode mirnog okupljanja, ali on ne sme uticati na slobodu okupljanja kao takvu.

Sloboda okupljanja nije apsolutna pa, saglasno tome, čl. 11 EKLJP ne sprečava ograničenje slobode okupljanja u zakonom propisanim slučajevima kada je takvo ograničenje neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Postojanje pravnog osnova (legitimnog cilja) za zadiranje u slobodu okupljanja države uglavnom uspešno dokazuju pred ESLJP, ali poteškoće nastaju kada treba dokazati da je takvo zadiranje bilo neophodno u demokratskom društvu. Prema praksi ESLJP, standard „neophodno u demokratskom društvu" podrazumeva postojanje „hitne društvene potrebe" i „srazmernog" ograničenja slobode okupljanja. Hitna društvena potreba će postojati u situaciji kada uverljivi dokazi ukazuju na to da postoji jasna i neposredna opasnost za demokratiju. Ograničenje slobode okupljanja će biti srazmerno ako dovodi u ravnotežu suprotstavljene interese, odnosno ako se takvo ograničenje može smatrati opravdanim s obzirom na standarde koji važe u demokratskom društvu.

Pojedinim kategorijama lica (pripadnicima oružanih snaga, policije, državne uprave), EKLJP ne jemči slobodu okupljanja na opšti način. Strancima se može ograničiti sloboda okupljanja koja je usmerena na političko delovanje.

Za vreme rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije, države mogu preduzeti mere kojima se privremeno odstupa od slobode okupljanja. Javna opasnost mora da bude neposredna i da ugrožava organizovani život u zemlji, a odstupanja moraju da budu samo u najnužnijoj meri koja iziskuje hitnost situacije.

Vreme, mesto ili način održavanja javnog skupa sami po sebi ne mogu da budu opravdani razlozi za ograničenje slobode okupljanja već uz njih moraju da budu ispunjeni uslovi koje predviđa čl. 11 EK. Promena mesta, vremena ili načina može predstavljati pogodno/srazmerno sredstvo kojim organi javne vlasti mogu postići svrhu ograničenja, umesto da zabrane javno okupljanje.

Sloboda okupljanja uživa zaštitu čak i ako su tokom okupljanja izražene ideje, mišljenja i poruke neprijateljske i uvredljive za druge ljude, grupe ili pojedine delove društva. Kritika vlasti ili državnih službenika ne može biti jedini osnov za ograničenje slobode okupljanja. Podstrekavanje na nasilje i zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje predstavljaju legitimne osnove za ograničenje slobode okupljanja.

Pravni standardi koje je ESLJP formulisao restriktivnim tumačenjem osnova za ograničenje afirmišu i favorizuju uživanje slobode mirnog okupljanja kao jednog od bitnih zahteva demokratije.

Donošenjem Zakona o javnom okupljanju (2016) u Srbiji je značajno unapređen pravni okvir za ostvarivanje i zaštitu prava na slobodu mirnog okupljanja i postignut je viši nivo usaglašenosti nacionalnog prava sa pravnim standardima Evropske unije. Najznačajnija zakonska rešenja u tom smislu su: priznavanje prava na slobodu okupljanja svakome (uključujući i strance), priznavanje prava na određene vrste okupljanja na otvorenom prostoru bez obaveze prijavljivanja, definisanje pojma „zatvoren prostor“ koji olakšava utvrđivanje koja okupljanja podležu obavezi prijave, efikasniji postupak upravne zaštite i uvođenje jedinstvenog pravnog režima sudske kontrole akata kojima se zabranjuje okupljanje. Nasuprot tome, ključne manjkavosti Zakona o javnom okupljanju predstavljaju: nepostojanje odredaba o pravnom režimu tzv. hitnih okupljanja, podvođenje sudske kontrole pod opšti režim upravnog spora, uskraćivanje pravne zaštite okupljanjima na privatnom posedu koji je otvoren za javnost (na primer, tržni centri) i opšte (generalne), blanketne, apsolutne i prethodne (*a priori*) zabrane okupljanja na određenim mestima.

Implementacijom pravnih standarda Evropske unije u ovoj oblasti unapređen je kvalitet nacionalnog pravnog okvira za ostvarivanje slobode mirnog okupljanja i stvoreni su uslovi za viši nivo pravne zaštite koju obezbeđuje Ustavni sud.

LITERATURA (REFERENCES)

Barnett, H., *Constitutional and Administrative Law*, London – New York 2009.

Beširević, V. *et. al.*, *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017.

Dimitrijević, V. *et al.*, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd 2007.

Dimitrijević, V., Paunović, M., Đerić, V., *Ljudska prava*, Beograd 1997.

Đurđević, N., „Sloboda okupljanja prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i Povelji o osnovnim pravima EU“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope* (ur. Stanko Bejatović), Kragujevac 2009.

Gomien, D., *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd 1994.

Harison, R., *Demokratija*, Beograd 2004.

Janis, M. W., Kay, R. S., Bradley, A. W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford 1995.

Jugović, S., „Pogled na (nova) zakonska rešenja o javnim okupljanjima u Republici Srbiji od 2016. godine“, *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, *tom 1* (ur. Biljana Simeunović Patić), Beograd 2017.

Krstić, I., Marinković, T., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2016.

Mil, Dž. S., *O slobodi*, Beograd 2007.

Milosavljević, B., *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd 2011.

Milosavljević, B., Popović, D. M., *Ustavno pravo*, Beograd 2009.

Nikolić, O., „Sloboda okupljanja i udruživanja“, *Strani pravni život* 1–3/2002.

Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl – Arlington 2005.

OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Warsawa – Strasbourg 2010, *https://www.osce.org/odihr/73405?download=true*, 13. jul 2018.

Popović, D., *European human rights law – a manual*, The Hague 2013.

Popović, D., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2012.

Simović, D., Avramović, D., Zekavica, R., *Ljudska prava*, Beograd 2013.

Simović, D., Stanković, M., Petrov, V., *Ljudska prava*, Beograd 2018.

Stevanović, O., „Sloboda i bezbednost javnih okupljanja u Republici Srbiji“, *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, *tom 1* (ur. Đ. Đorđević), Beograd 2016.

Vasak, K., „Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights“, *UNESCO Courier* 30:11/1977, *http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf*, 15. jul 2018.

Danilo Stevandić, PhD

Assistant to the Head of Police Directorate
Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

LIMITS ON FREEDOM OF ASSEMBLY: STANDARDS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Freedom of peaceful assembly represents one of the forms for involvement of individuals in the community's political life. After identification of the relevant regulations of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, this paper firstly presents the fundamental standpoints of the European Court of Human Rights regarding restrictions to the freedom of assembly; thereafter, examines compliance of the legal solutions in Serbia with European legal standards in this field. The author concludes that the standards of the ECHR affirm the exercise of freedom of peaceful assembly as one of the significant postulates of democracy. The Law on Public Assembly (2016) Serbia has significantly enhanced the legal framework for the exercise of the right to freedom of peaceful assembly and achieves a higher level of compliance with national and European Union law.

Key words: *Public assembly. – Restriction on freedom of peaceful assembly. – Proportion principle. – Police.*

Article history:
Received: 4.12.2018.
Accepted: 7.2.2019.

Dr Ljubodrag Dimić[*]

Boris Begović, Zoran S. Mirković (ur.), *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 356.

Strukturu zbornika radova *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske*, osim instruktivnog uvodnog teksta koji potpisuju priređivači, čini devet pravnih studija, od kojih svaka predstavlja pouzdan naučni odgovor na više ključnih pitanja o pravnom poretku Nezavisne Države Hrvatske (NDH). Autori radova su ugledni profesori Pravnog fakulteta u Beogradu. Toj osetljivoj temi, prepunoj kontroverzi, stereotipa, istorijskih, naučnih i političkih falsifikata, autori pristupaju racionalno (istina se želi saznati i saopštiti), objektivno (vidno je nastojanje da se iskorači iz okvira jednog ograničenog viđenja), precizno i jasno (uz definisanje pojmovnog aparata koji se koristi i uspostavljanje kriterijuma vrednovanja pojava), „otvoreno" za nova saznanja (ništa nije definisano kao konačno), iznad svega naučno (zasnovano na izvorima i naučnom metodu).

Tragajući za odgovornom na pitanje pravnog karaktera NDH, Miloš Zdravković piše o osnovnim svojstvima koje poredak mora da ima da bi bio smatran pravnim, o ponašanju ustaških vlasti koje upotrebom neograničene sile dovode u pitanje samu pravnu prirodu poretka i fizički i duhovni opstanak čitavih naroda, o okolnostima koje egzistencijalno ugroženim kategorijama stanovništva dopuštaju da ne budu lojalne takvoj državi. Obavljeno istraživanje je pokazalo da poredak uspostavljen u NDH nije bio pravni (nije u svim segmentima definisan, određen i ograničen pravom) i da ga je odlikovalo bezakonje zasnovano na kršenju pravnih normi i beskrupuloznom sprovođenju konkretnih programskih ciljeva ustaške vlasti, što je dovodilo u pitanje ne samo njegovu pravnost već i državnost.

Zoran Mirković pažnju posvećuje rasnom zakonodavstvu (zauzima „centralno mesto" u pravnom poretku NDH) i pokazuje da je u pitanju

[*] Autor je redovni profesor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Beogradu i redovni član Srpske akademije nauka i umetnosti, *ljdimic@f.bg.ac.rs*.

„autohtoni zakonodavni projekat“, inspirisan zakonodavstvom i praksom Trećeg rajha, ali osmišljen od hrvatskih stručnjaka, „poboljšan“ u odnosu na nacističke uzore i striktno primenjivan kao „državni projekat“ prema Jevrejima i Romima.

Pitanje ustavnog karaktera državnosti NDH u središtu je analiza Tanasija Marinkovića. Autor piše o kriterijumima koji određuju karakter vlasti NDH i analizira njen legitimitet koji ima uporište u mitologizovanom „hrvatskom državnom pravu“ i podršku Rimokatoličke crkve i većeg dela stanovništva hrvatske nacionalnosti.

Interesovanja Marka Davinića prevashodno su usmerena ka pravnoj analizi položaja vojske i policije u NDH. Autor je razmotrio pravno ustrojstvo i delovanje vojnih i policijskih snaga, delatnost paralelnih struktura u aparatu vlasti, aktivnosti „divljih ustaša“ koje su dejstvovale mimo zakonskih propisa i zvaničnih naredbi, ali u pravnom okviru oružanih snaga NDH.

Krivično pravo NDH predmet je naučnih analiza Igora Vukovića. Autor je ukazao na značajne novine u krivičnom pravu NDH (na primer, kažnjavanje zločina veleizdaje) uvedene sa namerom da budu zaštićeni „životni interesi hrvatskog naroda“, sačuvan „opstanak NDH“, zaštićene „državne vlasti“. Ta krivična dela, iako po svojim osnovnim obeležjima nejasna, nedorečena i sasvim proizvoljno tumačena, bila su sankcionisana smrtnom kaznom i namenjena ne samo eliminaciji pojedinaca već i čitavih naroda. Najveći deo ubijenih u NDH stradao je bez ikakvog pravnog procesa i dokazane krivice, čime je derogirano načelo zakonitosti i pravnosti države.

Međunarodni status NDH još jedna je od važnih tema o kojoj pišu Ivana Krstić i Miloš Jovanović. Oslanjajući se na dobro poznavanje teorije međunarodnog prava, autori su pokazali da je NDH svojevrstan „granični slučaj“ u međunarodnom pravu. Budući prihvaćena od većine stanovništva, NDH nije bila marionetska država (ispunjava jedan od osnovnih kriterijuma države – prihvaćenost). Kada je u pitanju kriterijum nezavisnosti, NDH je bila nezavisna, ali ne i suverena država. Suštinski, to je bila „država u pokušaju“, čije je postojanje bilo oročeno trajanjem Drugog svetskog rata.

Dejan Popović, u radu posvećenom poreskom pravu NDH, daje komparativnu analizu šireg istorijskog konteksta u kome je ta država delovala, identifikuje posredne i neposredne poreze, takse i postupke preuzete iz prakse jugoslovenske države i pokazuje da se ne može govoriti o normativnosti pravnog poretka NDH. Analize su pokazale da poreski sistem NDH nije bio dobro organizovan ni efikasan, da su se izvan kontrole poreskog aparata nalazila brojna područja, da je država bila suočena sa fiskalnim problemima koje nije bilo moguće rešiti ni primenom vanrednih mera.

U središtu istraživanja Dalibora Đukića bio je pravni položaj Hrvatske pravoslavne crkve u NDH. Autor je razmotrio poreklo ideje o formiranju nove crkve i pokazao da je nastanak te državne (a ne verske) institucije uporište imao u nastojanju ustaških vlasti da što „efikasnije“ reše „srpsko pitanje“. Nova „crkvena organizacija“ nije u kanonskom smislu bila crkva, nije bila ni pravoslavna jer je nisu priznale ostale pravoslavne crkve i samo je fiktivno bila hrvatska jer ni njeni vernici niti sveštenstvo nisu bili hrvatske nacionalnosti.

Koleginica Nina Kršljanin piše o deformacijama u pravnom režimu nepokretnosti u NDH. Analizirajući primenu tri grupe zakonskih akata koje su regulisale zaštitu nepokretnosti, autorka je zaključila da je pravna praksa bila izrazito diskriminatorska prema Srbima, Jevrejima i Romima.

Slika pravnog poretka NDH, koju ova knjiga nudi, zasnovana je na primarnim istraživanjima, naučno je utemeljena i pouzdana. Sklonost autora da pažljivo analiziraju činjenice, uočavaju nove skupove odnosa u prošlosti i kritički preispituju i vrednuju već napisano rezultirala je sigurnim zaključcima o društvenoj pojavi kakva je bila NDH. To je knjiga slojevitog sadržaja koja otklanja dilemu da li je NDH bila država i dodatno potvrđuje da je učinjeni zločin genocida nad Srbima, Jevrejima i Romima bio državni projekat.

Nikola Ilić, master*

Johan Swinnen, Devin Briski, *Beeronomics: How Beer Explains the World*, Oxford University Press, Oxford 2017, 187.

Po priznanju autora, ova neobična knjiga je najvećim delom napisana u jednom skromnom pabu u Luvenu, u Belgiji. Međutim, već nakon nekoliko pročitanih strana postaje jasno da je pisanju prethodio ozbiljan istraživački rad i da knjiga zavređuje pažnju čitalaca najmanje iz dva razloga. Prvo, objašnjenja u vezi sa istorijskim razvojem proizvodnje piva uglavnom imaju oslonac u ekonomskoj teoriji i mogu biti od koristi pri analizi brojnih, ne samo pivskih, tržišnih struktura i pravnih instituta. I drugo, čitanjem ove knjige čitalac zapravo štedi vreme jer ubuduće neće imati dilemu koje piće (ne) želi da poruči.

Analiza istrijskog razvoja proizvodnje i prodaje piva omogućava potpuno nove uvide u mnoge tržišne pojave. Neke od njih su narušavanje konkurencije stvaranjem kartela, spajanje i pripajanje preduzeća, upotreba žiga, reklamiranje proizvoda i sl. Uz to, posebno je zanimljivo da istorijske prekretnice u proizvodnji i prodaji piva mogu da se posmatraju i kao jedan od uzroka pojedinih ključnih istorijskih događaja, kao što su osvajanja Velike Britanije, industrijska revolucija, proces tranzicije u istočnoevropskim zemljama i sl. Ipak, pre nego što se ponude detaljnija objašnjenja pomoću primene ekonomskih metoda i modela, neophodno je najpre spoznati i opisati realnost. Neposredna spoznaja je uvek poželjna, ali autori ukazuju na to da je jednako bitna i posredna spoznaja realnosti, i to na osnovu različitih izvora. U tom smislu, oni najpre navode pisane istorijske izvore o „vrenju u kolevci civilizacije“, tj. o proizvodnji piva u drevnoj Mesopotamiji. Nakon toga, pominju i pojedine izvore koji otkrivaju da je proizvodnja u Egiptu bila detaljno regulisana pravnim propisima. Međutim, autori posebno ističu da su stanovnici drevnih civilizacija uživali isključivo u tamnom nefiltriranom pivu. To pivo se konzumiralo neposredno nakon proizvodnje jer je imalo izuzetno kratak rok trajanja, zbog čega nije bilo pogodno za proizvodnju u većem obimu i za razvoj

* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *nikola.ilic@ius.bg.ac.rs*.

trgovine. Stoga je razumljivo zašto je vino vekovima imalo dominantnu ulogu na tržištu alkoholnih pića. Autori navode i da je nagli uspon Rimskog carstva negativno uticao na popularnost piva jer su Rimljani tradicionalno proizvodili i pili isključivo vino. To potvrđuju i zapisi Plinija Starijeg (23–79. n. e.), koji je konstatovao da Rimljani konzumiraju vino, a da „pivo piju varvari i necivilizovani ljudi". Loša reputacija piva je izmenjena tek u V veku, kada su germanska plemena osvojila deo tadašnjeg Zapadnog rimskog carstva. Međutim, tehnologija proizvodnje nije pretrpela značajnije izmene – u germanskim plemenima su pivo uglavom proizvodile žene u kućnim uslovima, što je ostalo nepromenjeno sve do Karla Velikog.

Upravo je kralj Karlo Veliki, prema rečima autora knjige, omogućio osnivanje manastira na prostoru zapadne i severne Evrope. Zbog klime koja nije pogodna za vinovu lozu, ti manastiri su, prvi put, uspostavili organizovanu proizvodnju piva. Zanimljivo je da nacrti prve moderne pivnice potiču iz 820. godine i da pripadaju manastiru Sv. Gal (St. Gall), koji se nalazio na prostoru današnje Švajcarske. Kada su unapređeni tehnološki procesi, proizvodnja piva je postala unosan posao. Autori tu tvrdnju potkrepljuju pozivajući se na različite zakone, koji su doneti nakon IX veka, a odnosili su se na kvalitet i oporezivanje piva. Na taj način, prema rečima autora, postignut je kompromis između regionalnih vladara i Katoličke crkve. Vladari su garantovali monopolističku poziciju crkve kroz odredbe o kvalitetu piva, dok je crkva zauzvrat pristajala da deo prihoda prisvajaju vladari. Međutim, autori navode da revolucija u proizvodnji piva nastaje tek sa upotrebom hmelja – žitarice oporog i gorkog ukusa, koju monasi nisu upotrebljavali.

Zabeleženo je da je postojao snažan otpor prema upotrebi hmelja u proizvodnji: smatralo se da to nije u skladu propisima o kvalitetu i da kvari ukus piva. Međutim, autori navode da je ta žitarica omogućila jednostavniji proces proizvodnje i duži rok trajanja piva, što je imalo za posledicu procvat trgovine. Masovna proizvodnja piva sa dodatkom hmelja zabeležena je odmah nakon osnivanja Hanze (Hanzeanska liga), koja je omogućila stvaranje oligopola na širem prostoru severne i zapadne Evrope. U Londonu, koji je bio deo Hanze, tada počinju organizovano da proizvode tkaninu, u pojedinim gradovima su uspešno organizovali proizvodnju soli i voska, dok je grad Hamburg s razlogom nazvan „pivnica Hanzeanske lige". Zabeleženo je da je u XIII veku 40 do 50 procenata prihoda tog grada ostvareno isključivo zahvaljujući proizvodnji i prodaji tamnog piva. Međutim, autori navode da to nije jedini grad koji je doživeo procvat zahvaljujući ukusnom napitku od žitarica. Navodno, čak su i pojedine države za svoje prevashodno fiskalne probleme našle rešenje u pivu.

Posebno je zanimljiv primer Velike Britanije i njene ekonomske politike. Na ostrvu su preferirali vino sve do sredine XVIII veka, dok je

proizvodnja piva bila zanemarljiva. Autori navode da je to stvaralo ogromne probleme Britancima, koji su morali da uvoze vino, i to najčešće od svog najvećeg vojnog konkurenta – Francuske. Spoljnotrgovinski deficit je trebalo nadoknaditi proizvodnjom i prodajom tkanine, a ekonomska situacija je postajala posebno otrežnjujuća tokom brojnih sukoba između dve države, uključujući i Stogodišnji rat. Sve to je doprinelo da domaće tamno pivo, koje je inače bilo znatno lošijeg kvaliteta od uvoznih i za današnje standarde veoma jako (oko 6,6 procenata alkohola), postane jedan od glavnih aduta britanske ekonomske politike. Industrijska proizvodnja „rortera", kako su britansko tamno pivo nazvali lučki radnici u Londonu, od 1750. do 1810. godine, uvećana je za oko milion barela.[1] Autori navode detaljnu statistiku ne samo za povećanje obima proizvodnje, već i za poreske prihode koji su ostvareni od prodaje piva u tom periodu, a koji su sa pet porasli na više od dvadeset miliona tadašnjih funti.[2] I pored iznetih podataka, teško je složiti se sa tvrdnjama da je pivo promenilo svet tako što je ekonomski ojačalo Veliku Britaniju i omogućilo njena imperijalna osvajanja. Međutim, veoma je zanimljivo zapažanje autora da se merama ekonomske politike može uticati ne samo na tržišta dobara i proizvodnih faktora već i na preferencije potrošača.

Autori navode da je, nakon pokretanja industrijske proizvodnje tamnog piva, sledeći revolucionarni napredak u proizvodnji zabeležen u češkom gradiću Plzenu. To malo mesto je dobilo status grada 1295. godine od kralja Bohemije, koji je izdao i prvu dozvolu lokalnom stanovništvu da proizvodi i prodaje pivo (u krugu od devet kilometara od centra grada). Nakon što je taj grad pripao Habzburškoj monarhiji, zona dozvoljene trgovine je proširena, čime je uvećan i broj proizvođača. Autori posebno opisuju događaj iz 1838. godine, kada je nekoliko nezadovoljnih proizvođača prosulo trideset šest barela piva ispred gradske kuće, u znak protesta zbog ukidanja propisa o kvalitetu piva. Tada su ukinute pravne barijere ulasku za proizvođače piva, a konkurencija koja je usledila donela je izvanredne rezultate. Prema pisanim izvorima, proizvođači se nisu takmičili samo u snižavanju sopstvenih troškova i cene, već i u poboljšanju kvaliteta piva. Autori navode da je mala grupa proizvođača investirala u tehnologiju koja je omogućila preradu ječma tako da zrno ne dobija tamnu boju, što je ranije bio slučaj. Uz to, oni su angažovali eksperta iz Bavarske Jozefa Grola (Josef Groll), koji im je ustupio *know-how* za lagerovanje piva. U pitanju je metod odlaganja žitarica i vode u posebne drvene sudove, kako bi se fermentacija odvijala na niskoj temperaturi (tzv. hladno vrenje). Zatim je ista grupa proizvođača iz Plzena

[1] Jedan britanski barel iznosi 36 britanskih galona, odnosno 163,7 litara.

[2] Izraženo u današnjem novcu, jedna britanska funta je 1790. godine vredela približno 116 funti, *https://www.nationalarchives.gov.uk/currency-converter/#currency-result*, 25. jul 2018.

iskopala podzemne prostorije uz reku Radbuzu, u koje je smestila drvene sudove sa izvorskom vodom i odabranim žitaricama, među kojima je bio i posebno pripremljeni ječam. Rezultat te fermentacije je premašio sva očekivanja – svetlo pivo, zlatne boje, snežnobele pene i ukusa koji je porazio konkurente na tržištu.

Posebno je zanimljivo to što se na primeru iz Plzena, pored konkurencije, može videti i kako funkcioniše nelojalna konkurencija u praksi – tako što koristi tuđe oznake i stvara zabunu kod učesnika u prometu. Naime, svetlo pivo je veoma brzo osvojilo Prag, a nakon toga i čitavu Evropu. Zbog toga su mnogi proizvođači kopirali tehniku proizvodnje i svoje pivo označavali sa „Pilsner“, što je pivnicu iz Plzena primoralo da svoje proizvode označava sa „Pilsner Urquell“, odnosno da uz inicijalni naziv doda nemačku reč koja označava da proizvod potiče iz originalnog izvora.

Autori detaljno opisuju i mnoge tehnološke inovacije koje su usledile nakon industrijske revolucije. Među njima su usavršavanje procesa pasterizacije i vrenja, ali i samorashladne kade, koje su prvi put upotrebljene za proizvodnju „raulanera“ u Minhenu. Te i druge inovacije znatno su izmenile proces proizvodnje piva, što je, uz poboljšanja u proizvodnji stakla i plastične ambalaže, omogućilo stvaranje velikih multinacionalnih preduzeća. Čitaocima koji su ljubitelji istorije posebno će biti zanimljiva razmatranja o uticaju dva svetska rata na proizvodnju i potrošnju piva. Autori navode i da je nakon ratnih zbivanja dodatno ubrzan proces koncentracije, tj. stvaranja velikih preduzeća. U tome je prednjačilo tržište Sjedinjenih Američkih Država, na kome je 1950. godine poslovalo trista pedeset proizvođača piva, dok je 1980. godine taj broj bio manji od četrdeset. Ekonomisti se ne slažu u mišljenju zbog čega je došlo do tako velike koncentracije koja je istisnula male proizvođače sa tržišta. Dok jedni tvrde da se ta promena dogodila zbog automatizacije proizvodnje, ekonomije obima i veće konkurencije između najvećih proizvođača, drugi smatraju da se razlog koncentracije može naći u pojavi televizije i agresivnih marketinških kampanja. Moguće je da se odgovor krije negde između ta dva mišljenja. Ipak, autori se nisu izjasnili o tom pitanju već su mudro prepustili čitaocu da zauzme sopstveni stav.

Rasuđivanje čitaoca će biti na probi i prilikom razmatranja proizvodnje piva i procesa tranzicije u istočnoevropskim zemljama. Autori navode da je Istočni blok zapao u ekonomsku krizu nakon pada Berlinskog zida i da su državna preduzeća na tom prostoru mahom delila istu sudbinu, uključujući i pivnice. Tako se konkurentima sa ostatka kontinenta ukazala prilika da prošire obim svoje proizvodnje. Tu istorijsku priliku je prvi iskoristio „Heineken“, koji je 1995. godine preuzeo najveću pivnicu u Slovačkoj – „Zlaty Bazant“ (u prevodu, „Zlatni fazan“). Do 1999. godine, „Haineken“ je kupio i tri preostale pivnice u Slovačkoj –

„Corgoň“, „Martiner“ i „Gemer“. Za to vreme, „Carlsberg“ je „okupirao“ sever Evrope (Estoniju, Litvaniju i Letoniju) i dve velike bivše sovjetske republike – Rusiju i Ukrajinu. Zaključno sa 2000. godinom, „Carlsberg“ je samostalno snadbevao od dvadeset tri do pedeset odsto relevantnih tržišta u svakoj od pomenutih država. Konačno, preduzeće „SAB Miller“ je najviše investiralo u Mađarsku, Češku i Poljsku, dok je belgijsko preduzeće „Interbrew“ preuzelo najveće pivnice u Bugarskoj i Rumuniji. Autori objašnjavaju da je kupovina nacionalnih pivnica bio optimalan model za ulazak na nova tržišta u procesu tranzicije jer su fiksni troškovi proizvodnje piva veliki, carine visoke, a uz to su i potrošači naviknuti na specifične regionalne ukuse. S obzirom na to da su nakon propasti komunizma prve strane investicije zabeležene u pivskoj industriji, autori smelo zaključuju da je pivo pomoglo zemljama u tranziciji da se izbore sa ekonomskom krizom. Jedino što autori ta objašnjenja uopšte nisu potkrepili nalazima ekonomske teorije, a mogli su da se pozovu na veliki broj makroekonomskih modela, kao i na multiplikatorski efekat investicija. Međutim, problem je u tome što egzaktan naučni pristup verovatno ne bi potvrdio njihove nalaze.

Na kraju, kao da se veliki istorijski ciklusi ponavljaju, autori ukazuju na sve izraženiji trend zanatskih piva. Kao u drevna vremena, potrošači ponovo počinju da cene proizvodnju malog obima i specifične ukuse koje multinacionalna preduzeća ne mogu da ponude. Čitaoci koji odluče da pročitaju *Beeronomics*, osim zanimljivih činjenica, od kojih većina nije pomenuta u ovom prikazu, saznaće i mnoge tajne svetski poznatih zanatskih piva, a jedna od njih, možda i najbitnija, jeste umerenost u proizvodnji. Višemilenijsko iskustvo pokazuje da je to bitno i u potrošnji.

Ana Odorović, master*

Nicola Gennaioli, Andrei Shleifer*, A Crisis of Beliefs: Investor Psychology and Financial Fragility*, Princeton University Press, Princeton 2018, 252.

Deceniju posle propasti Liman bradersa (*Lehman Brothers*), koja je najavila globalnu finansijsku krizu, svetska privreda uveliko beleži pozitivne stope rasta. Nakon više stotina hiljada naučnih radova koji su se bavili tim fenomenom[1], mnogi će se složiti da je došao trenutak da se najvažniji nalazi o uzrocima i efektima globalne finansijske krize sistematizuju i pretoče u stranice monografija i udžbenika iz finansija i drugih srodnih disciplina. To je trenutak kada po prirodi stvari interesovanje za određeni fenomen u akademskoj javnosti jenjava, posebno među vodećim istraživačima koji žure da objasne nove pojave, koje u svetu finansija ne zaostaju za najnovijim tehnološkim potresima. Danas verovatno i prosečno informisan čitalac dnevne štampe, makar u SAD i Zapadnoj Evropi, može da pojmi najvažnije karike u lancu svetske finansijske krize: mehur na tržištu nekretnina, visokorizični hipotekarni krediti (*subprime mortgages*), sekuritizacija, veliki leveridž banaka i drugih finansijskih institucija i, konačno, moralni hazard oličen u sloganu „previše veliki da bi propali" (*Too big to fail*).

U trenutku kada se ponovno interesovanje za ovu temu čini zakasnelo, Nikola Đenajoli (Nicola Gennaioli) i Andrej Šlajfer (Andrei Shleifer) vraćaju pitanje predvidljivosti finansijske krize u žižu svog istraživanja. Njihova namera je da ponude novo teorijsko objašnjenje za činjenicu da je kriza, uprkos mnogim pokazateljima koji su je najavljivali, uspela da iznenadi investitore, finansijske institucije i regulatore. Osnovna nit koja povezuje sve delove knjige jeste teorija dijagnostičkih očekivanja, zasnovana na doprinosima u oblasti biheviorističke ekonomije, koja objašnjava zašto ljudi prave predvidljive greške u rasuđivanju. Zanimlji-

* Autorka je asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *ana.odorovic@ius.bg.ac.rs*.

[1] Kao rezultat pretrage na *Google scholar* unošenjem reči „*financial crisis*", dostupno je 596.000 naučnih radova.

vo je da autori koriste teoriju očekivanja da objasne celokupan kreditni ciklus: od toga kako je nastao mehur na tržištu nekretnina i zašto su tržišni učesnici precenjivali vrednost finansijskih instrumenata čija su bazna aktiva bili hipotekarni krediti, do toga zašto je baš pad Liman bradersa pokrenuo deflatornu spiralu koja je imala nesrazmerno velike efekte na privredu u celini.

Na samom početku, autori opisuju događaje i ponašanje tržišnih učesnika koji su izazvali globalnu finansijsku krizu i njene dalekosežne posledice. Iz metodoloških razloga, pravi se distinkcija između dva perioda. U prvom periodu, koji je trajao od 2000. godine do leta 2007. godine, cene na tržištu nekretnina su rasle, uz simultano omasovljavanje hipotekarnih kredita i proces sekuritizacije[2]. U drugom periodu, cene nekretnina počinju sporo i postepeno da padaju, uz prve naznake da finansijske institucije imaju problem kratkoročnog finansiranja, čega su tržišni učesnici najzad postali svesni tek propašću Liman bradersa, koje se neretko uzima kao okidač finansijske krize. Tom hronološkom distinkcijom autori najavljuju dva nalaza koja predstavljaju početne premise teorijskih razmatranja u narednim poglavljima.

Prvi nalaz se odnosi na očekivanja domaćinstava, finansijskih institucija i investitora koja su održavala rast cena nekretnina, hipotekarnih kredita i cena finansijskih instrumenata koji su se na njima zasnivali.[3] Oslanjajući se na veliki broj izvora, pre svega ankete, studije i javna saopštenja, autori nastoje da pokažu da je mehur nastao kao posledica toga što su različiti učesnici na tržištu sistematski precenjivali mogući rast cena nekretnina u budućnosti. U prilog tome da su i banke delile neopravdan optimizam tržišta, govori činjenica da su u svojoj aktivi zadržale veliki broj finansijskih instrumenata nastalih u procesu sekuritizacije i da su obezbeđivale garancije za druge tržišne učesnike koji su bili kupci tih instrumenata.[4]

Drugi nalaz se odnosi na očekivanja tržišnih učesnika u trenutku kada je mehur na tržištu nekretnina „probušen" u leto 2007. godine. Autori nastoje da objasne zašto je reakcija tržišta dugo izostala iako je postalo jasno da su hipotekarne hartije od vrednosti rizičnije zbog manje vrednosti kolaterala. Pozivanjem na finansijske prognoze, kreditne rejtinge nezavisnih agencija i činjenicu da su neposredno pre krize finansijske institucije obilato isplaćivale dividende, autori žele da pokažu da su tržišni učesnici potcenjivali izloženost banaka i drugih finansijskih institucija

---

2 Sekuritizacija je proces u kome se slabo prenosiva potraživanja iz više različitih ugovora (na primer, ugovora u kreditu) pretvaraju u hartije od vrednosti, sa ciljem diverzifikacije rizika i obezbeđivanja veće likvidnosti.

3 Hipotekarne hartije od vrednosti (eng. *Mortgage-backed-securities*).

4 Ti finansijski posrednici se često označavaju kao „banke u senci" (eng. *Structured-investment-vehicles*).

tom riziku i da su posebno zanemarivali sistematski rizik koje je nastao kao posledica njihove velike međuzavisnosti. Državna intervencija u vidu obezbeđivanja kratkoročne likvidnosti i spasavanja prve institucije kojoj je pretio bankrot (*Bear Stearns*) samo je uljuljkala uverenja investitora u stabilnost finansijskog sistema.

Može se učiniti da su ova dva nalaza gotovo tautološka budući da samo pokazuju da je postojao sklad između iskazanih i otkrivenih preferencija učesnika na tržištu. Međutim, autori smatraju da oni indirektno opovrgavaju dve vodeće teorije o uzroku finansijske krize i da stoga postoji potreba da se formuliše nova. Oni najpre osporavaju teoriju moralnog hazarda, prema kojoj je do krize došlo usled toga što su finansijske institucije, oslanjajući se na mogućnost da će ih država finansijski izbaviti, svesno preuzimale prekomeran rizik. Autori smatraju da se, u meri u kojoj su pokazali da finansijske institucije nisu imale superiorne informacije o visini rizika u odnosu na druge učesnike na tržištu niti su uspele da izbegnu svoj udeo u gubicima, ne može govoriti o njihovoj svesnoj nameri da troškove svog ponašanja prevale na poreske obveznike.

Autori zatim dovode u pitanje objašnjenje krize koje se zasniva na teoriji „juriša na banke“ (eng. *Bank run models*). U osnovi, ta teorija predviđa da, kada postoji mali nagoveštaj da određena finansijska institucija ima problem likvidnosti, veliki broj njenih poverilaca, poput vlasnika depozita, želi istovremeno da povrati svoja sredstva. Budući da finansijska institucija ne može u kratkom roku da obezbedi veliku likvidnost dugoročnih plasmana, prinuđena je da svoju imovinu prodaje „u bescenje“ (eng. *fire sales*). U meri u kojoj su najčešći kupci njene aktive druge finansijske institucije koje se takođe suočavaju sa problemom likvidnosti, vrednost aktive se dalje obezvređuje, a krajnja posledica može da bude insolventnost. Iako autori ne osporavaju da se takav scenario obistinio uoči izbijanja krize, naglašavaju da on nije bio nepredvidljiv, kako se to često smatra, i da su iskrivljena očekivanja tržišnih učesnika doprinela da fragilnost finansijskog sistema bude dugo zanemarena. Drugim rečima, kriza nije bila rezultat neočekivanog „juriša na banke“ već sistemskih grešaka u rasuđivanju tržišnih učesnika koji su spoznali rizik isuviše kasno, što je odgodilo smanjivanje leveridža i prouzrokovalo prodaju imovine „preko noći“.

Ako za trenutak pretpostavi da je tačna teza autora da ponašanje tržišnih učesnika odstupa od racionalnog modela, čitalac će se verovatno zapitati kakva je vrednost takvog nalaza. Da li nas to samo udaljava od predviđanja nove krize i kreiranja adekvatnog regulatornog okvira koji bi predupredio okolnosti koje dovode do njenog nastupanja? Pre nego što objasne svoju teorijsku alternativu racionalnim očekivanjima, koju su nazvali dijagnostička očekivanja, autori predstavljaju svoj model nastanka krize koji se zasniva na pretpostavci „zanemarenog rizika“. Taj model treba da objasni zašto u uslovima kada učesnici na tržištu, investitori i

finansijske institucije potcenjuju rizik neizvršenja finansijska kriza može da nastupi nezavisno od situacija koje su opisane modelima moralnog hazarda i juriša na banke. U njihovom modelu privredni subjekti su investitori koji su zainteresovani za sigurne finansijske instrumente i finansijski posrednici, investicione banke, koje kupuju hipotekarne kredite na tržištu i jedan deo svog portfolija transformišu u hipotekarne hartije od vrednosti u procesu sekuritizacije, a drugi deo, koji čine rizičnija potraživanja, zadržavaju u sopstvenoj aktivi kao opšte obezbeđenje svih poverilaca. Prva intuitivna posledica koju model predviđa jeste da u uslovima potcenjenog rizika dolazi do prekomernog izdavanja hipotekarnih hartija od vrednosti, budući da veći deo portfolija zadovoljava prag rizika investitora. Sama činjenica da je došlo do neefikasne alokacije rizika, odnosno da su investitori zapravo izloženi riziku preko željenog praga, dovodi do toga da, jednom kada ga postanu svesni, žele da prodaju svoje hartije od vrednosti, što u uslovima male likvidnosti izdavaoca stvara veliki pritisak koji obara cene tih instrumenata. Autori naglašavaju da njihova cena često pada ispod realne vrednosti, što može da prouzrokuje insolventnost finansijskih posrednika. Model takođe predviđa da se u uslovima velike tražnje za hipotekarnim hartijama od vrednosti, usled potcenjenog rizika, hipotekarni krediti odobravaju korisnicima niskog kreditnog rejtinga. Konačno, prekomerno plasiranje kredita ima za posledicu malu likvidnost banaka koja, u trenutku kada tržište spozna stvarni rizik nenaplativosti kredita, ubrzava prodaju imovine na sekundarnom tržištu, što dalje dovodi u pitanje njihovu solventnost.

Budući da pogrešna percepcija rizika zauzima centralno mesto u opisanom modelu finansijske krize, autori u narednom poglavlju nude pregled empirijskih istraživanja koja pokazuju da očekivanja tržišnih učesnika opovrgavaju hipotezu racionalnih očekivanja. Cilj tih istraživanja je da objasne da su greške u predviđanju kretanja na finansijskom tržištu ne samo sistematske, već i da se mogu predvideti na osnovu informacija koje su postojale u trenutku kada su ta očekivanja formirana. Greške se javljaju kao posledica ekstrapolacije – procesa koji podrazumeva da investitori, finansijske institucije, analitičari i menadžeri formiraju svoja očekivanja budućih kretanja na tržištu na osnovu kretanja u neposrednoj prošlosti. Posledica ekstrapolativnih očekivanja je preterani optimizam u dobrim vremenima, odnosno preterani pesimizam u lošim i uopšte preterana reakcija tržišta na finansijske vesti bilo koje vrste. Autori veliku pažnju posvećuju nalazima anketa, odnosno iznose mišljenje da one imaju važnu analitičku vrednost u predviđanju finansijskih kriza. Istraživanja na koja se pozivaju najpre pokazuju da su očekivanja tržišnih učesnika iskazana u anketama konzistentna sa njihovim finansijskim odlukama. Osim toga, rezultati anketa potvrđuju hipotezu o ekstrapolativnim očekivanjima. Konačno, postoji visoka korelacija između snažno pozitivnih očekivanja iskazanih u anketama i nižih prinosa u narednom periodu, kao

posledica precenjivanja vrednosti finansijskih instrumenata. Sa nešto manje kredibilnosti autori nastoje da objasne sličnu uzročno-posledičnu vezu na tržištu kredita i dužničkih hartija od vrednosti. Preterani optimizam tržišta, iskazan u prinosima akcija banaka i drugih kreditnih institucija, podstiče veliku ekspanziju kredita koja, naročito kada su u pitanju visokorizični krediti, izaziva nastupanje krize i recesije. Oslanjajući se na empirijska istraživanja koja koriste duge vremenske serije, u tom delu knjige autori žele da pokažu da vrednost njihovog nalaza prevazilazi razmatranja situacije iz 2008. godine.

Pre nego što obrazlože sveobuhvatnu teoriju kreditnih ciklusa kao krajnji cilj svog istraživačkog poduhvata, Đenajoli i Šlajfer se osvrću na psihološki mehanizam koji objašnjava iskrivljena očekivanja. Kao polaznu osnovu svog modela koriste doprinose u oblasti bihevirističke ekonomije, posebno Kanemana i Tverskog, koji su prvi ukazali na pristrasnost rasuđivanja, koju su nazvali reprezentativnošću. Ona podrazumeva da pojedinci procenjuju verovatnoću na osnovu sličnosti sa nekom karakteristikom ili događajem koji mogu lako da prizovu. Reprezentativnost utiče na očekivanja tako što menja percepciju verovatnoće – reprezentativne tipove je lakše prizvati i zato se precenjuje njihova učestalost u populaciji. U kontekstu finansijskih tržišta, informacija koja menja verovatnoću nekog ishoda, kao što je, na primer, rast cena nekretnina ili finansijskih instrumenata u neposrednoj prošlosti, postaje reprezentativna, zbog čega tržišni učesnici imaju sklonost da precenjuju potencijalni rast cena u budućnosti. Na osnovu tih nalaza, Đenajoli i Šlajfer su stvorili model dijagnostičkih očekivanja koji se zasniva na zanemarivanju rizika i ekstrapolaciji informacija na finansijskim tržištima. Model pretpostavlja da informacija koja je reprezentativna utiče na to da privredni subjekti pristrasno percipiraju raspodelu verovatnoće, što se odnosi i na njenu srednju vrednost i na njenu varijansu. Distinkcija između ta dva elementa raspodele verovatnoće je, prema mišljenju autora, važna jer se promene srednje vrednosti vezuju za ekstrapolaciju, a promena varijanse za zanemarivanje rizika. Period pre krize u kome su porasle cene nekretnina i u kome je došlo do ekspanzije hipotekarnih kredita i hipotekarnih hartija od vrednosti autori objašnjavaju procesom ekstrapolacije dobrih rezultata iz prošlosti, koji su istovremeno uticali na rast očekivane vrednosti prinosa i učinili loše rezultate manje reprezentativnim, što je uticalo na potcenjivanje rizika. Interesantno je da u periodu nakon što su cene na tržištu nekretnina počele da padaju u leto 2007. godine do propasti Liman bradersa, reakcija tržišta nije bila dramatična, osim što je usporeno izdavanje hipotekarnih hartija od vrednosti. Autori smatraju da je to posledica promene očekivane vrednosti prinosa na te instrumente, ali ne i varijanse, budući da je proces sekuritizacije ulivao sigurnost da finansijske institucije nisu izložene prekomernom riziku. Upravo je propast Liman bradersa uticala na to da tržišni učesnici revidiraju svoju percepciju varijanse pri-

nosa, pošto je propast jedne važne finansijske institucije taj rizik učinila reprezentativnim. Pošto proces ekstrapolacije deluje i u odnosu na negativne vesti, reakcija tržišta koja je usledila rezultat je precenjenog rizika, odnosno prekomernog pesimizma.

Poslednji deo knjige posvećen kreditnim ciklusima na analitičkom planu ne donosi ništa novo, osim što inkorporira sve prethodne nalaze u makroekonomski model u kome se ciklusi ekspanzije i kontrakcije kredita smenjuju kao posledica promene u dijagnostičkim očekivanjima. Najvažnija razlika u odnosu na model racionalnih očekivanja je to što tržišni učesnici prekomerno reaguju na dostupne informacije, što uzrokuje snažnu ekspanziju rizičnih kredita, kao posledicu dobrih vesti, i snažnu kontrakciju, kao posledicu loših vesti, uz visoko kolebanje prinosa. Osim rizičnih kredita, modelom je predviđen sličan obrazac kretanja kreditnog raspona između visokorizičnih i niskorizičnih finansijskih instrumenata kao i investicija u realnoj privredi.

Prvi utisak čitaoca o knjizi jeste njena pažljivo osmišljena struktura, u kojoj svako poglavlje daje odgovor na specifično pitanje, iako čitalac ni u jednom trenutku ne gubi iz vida koje je njegovo mesto u argumentaciji zašto su dijagnostička očekivanja najvažniji, ako ne i jedini pokretač kreditnih ciklusa. Iako se pitanja smenjuju, pomalo zamara da se iza zahtevnih, često formalnih modela, krije gotovo identično objašnjenje. To već ukazuje na osnovnu slabost knjige, a to je da je želja za generalizacijom jedne teze odnela prevagu nad naučnom temeljnošću. Tako autori, čini se sasvim neutemeljeno, pretpostavljaju da su očekivanja svih tržišnih učesnika uvek i svugde ista – da nema razlike u percepciji tržišnih prilika između domaćinstava, investitora, menadžera, analitičara, finansijskih institucija i regulatora. Zatim, u odgovoru na mnoga pitanja autori stavljaju znak jednakosti između tržišta zajmovnog kapitala i ostalih finansijskih tržišta, na kojima, iako su snažno povezana, važe nešto drugačija pravila igre. Autori takođe pretenduju da ponude univerzalnu teoriju o tome kako nastaju finansijske krize, iako okolnosti drugih istorijskih primera kriza jasno ukazuju na njenu ograničenu eksplanatornu moć, posebno imajući u vidu finansijske inovacije koje su omogućile da izlaganje finansijskih institucija riziku bude izvan dometa regulatora.

Nije jasno zašto autori toliko potenciraju vrednost anketa, koje, osim uobičajenih kritika, imaju naročito ograničenu vrednost na finansijskim tržištima, na kojima je svako obelodanjivanje stvarnih namera vrlo upitno, bilo da je reč o preduzećima koja trguju hartijama od vrednosti za koje bi to značilo manji prinos ili o kreditnim institucijama koje javnim iskazivanjem svojih bojazni mogu samo da ubrzaju svoju propast. Konačno, finansijski analitičari svoje izveštaje čine javnim tek onda kada su ih prodali licima koja na osnovu njih trguju, a do tada su cene finansijskih instrumenata već usklađene sa njihovim nalazima. S tim u vezi,

vrlo je neubedljiva teza da činjenica da su banke delile očekivanja drugih tržišnih učesnika isključuje mogućnost moralnog hazarda. Jedan važan aspekt te analize koji je neopravdano zanemaren jesu eksterni efekti koje potencijalna propast kreditne institucije stvara za privredu u celini, a koje postojeći regulatorni okvir nije internalizovao. Čak i ako se pretpostavi da očekivanja iskazana putem anketa mogu da predvide nastupanje krize, da bi do toga došlo, potrebno je da veliki broj tržišnih učesnika u isto vreme nastoji da proda određene finansijske instrumente, što implicira, makar delimično, teorijsko objašnjenje teorije „juriša na banke". I teoriji ekstrapolativnih očekivanja se može uputiti nekoliko reči kritike. Kao što autori i sami zapažaju u poslednjem poglavlju, ključno pitanje je kako odrediti do koje granice je reakcija tržišta zasnovana na fundamentalnoj vrednosti finansijskih instrumenata, odnosno informacijama o njihovoj promeni, a kada se ona pretvara u prekomerni optimizam ili pesimizam. Zbog nepostojanja jasnog metoda kojim se pravi pomenuta distinkcija, teorija dijagnostičkih očekivanja ima malu vrednost u sprečavanju novih kriza. Konačno, empirijska istraživanja na koja se autori oslanjaju mahom se zasnivaju na korelacijama, što pojedine nalaze o dokaznim uzročno-posledičnim vezama čini pomalo „nategnutim". Uprkos opisanim nedostacima koji proizilaze iz prevelike ambicije autora, osnovna ideja je vrlo zanimljiva i nudi inovativno objašnjenje za tri različita perioda koja su imala specifičnu ulogu u nastupanju globalne finansijske krize. Ovo nije knjiga namenjena neakademskoj publici, a stručna javnost će je verovatno lepo primiti – povezuje toliko različitih oblasti da iz nje svako može nešto da nauči.

Valerija Dabetić, master*

Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

Kada govorimo o savremenoj sociologiji prava i teoretičarima koji su značajno doprineli razvoju ove naučne discipline, nezaobilazno je osvrnuti se na rad američkog autora Brajana Tamanahe (*Brian Z. Tamanaha*) i njegovo poslednje delo *A Realistic Theory Of Law*. U toj knjizi, Tamanaha razvija ideju da su pravo i društvo neraskidivo povezani i izlaže empirijski utemeljenu teoriju prirode prava koja svoju primenu može naći u različitim istorijskim periodima i različitim društvima. Autor te holističke vizije prava ističe da je pravo konstituisano u odnosu na društveni kontekst – društvene grupe, društvene strukture, društvene institucije – ali da relevantan uticaj na njegovo kreiranje imaju i kulturni, politički, ekonomski, ekološki i tehnološki faktori. Uzimajući u obzir da se društveni kontekst stalno razvija i menja, pravo konstantno evoluira zajedno sa njim te, kako Tamanaha i sam kaže, njegova realistička teorija nije konačna. Praveći otklon prema teorijama prirodnog prava i analitičke jurisprudencije, on svoju realističku perspektivu temelji na pragmatizmu i „zdravorazumskom realizmu“. Tamanahin realizam može biti shvaćen i kao sociološki konstruktivizam jer naglašava da pravo nije apstraktan entitet, te kao takav nepovezan sa kontekstom, već je realno povezan sa elementima društvenog konteksta i „ukorenjen u istoriji društva“. Takvo viđenje se zasniva na ideji da je pravo podložno istorijskim i društvenim uticajima i da se jedino kroz empirijsku prizmu može potpuno razumeti.

Nakon uvodnog dela, autor svoje prvo poglavlje posvećuje dvema glavnim teorijama u odnosu na koje gradi svoju teoriju – teorijama prirodnog prava i analitičke jurisprudencije (pravni pozitivizam), naglašavajući mane koje proizvodi njihov antagonizam. Držeći se čvrsto svojih suprotstavljenih pozicija, ti pravci postaju uski, apstraktni, aistorijski i kao takvi se odvajaju od društva koje zajedno sa pravom treba da bude predmet njihovog istraživanja, smatra Tamanaha. Tamanahin

* Autorka je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *valerija.dabetic@ius.bg.ac.rs.*

realizam može jedino da se shvati u kontekstu pomenutih opozicija jer upravo na nedostacima tih teorija on smešta treći, neopravdano zanemaren pristup – istorijsko-sociološku jurisprudenciju. Tamanaha naglašava da istorijsko-sociološka „perspektiva" ili „orijentacija" koju on naziva „sociološko-pravna teorija" (*social legal theory*) predstavlja jednu granu jurisprudencije, dok je realistička teorija prava, koju elaborira u ovoj knjizi, jedna verzija sociološko-pravne teorije. U toj perspektivi, pravo se definiše kao društvena institucija koja se razvija u interakciji sa drugim društvenim segmentima i proizvodi posledice po to isto društvo. Revitalizaciju tog alternativnog pristupa autor pravda činjenicom da pravne teorije ne nastaju u intelektualnom ili kulturnom vakuumu već su proizvod društvenih i istorijskih uticaja. Pravo je i samo društvena pojava, stoga pravne teorije ne treba da zanemare društveni kontekst i istorijsku dimenziju prava. Tamanaha oživljava zapostavljene ideje koje datiraju još od Monteskjea, Adama Smita, Fridriha von Savinjija, Henrija Mejna, Rudolfa von Jeringa, Olivera Vendela Holmsa, Eugena Erliha i Maksa Vebera. Autor se oslanja na rad tih velikana zbog toga što oni pravo vide kao oblik društvenog života, a razvoj prava shvataju kao višedimenzionalni društveno-istorijski rast.

Adekvatan odgovor na večito pitanje šta je pravo Tamanaha daje u drugom poglavlju svoje knjige. Zagovarajući ideju da je pravo „društveno-istorijski fenomen koji može imati različite forme i funkcije u različitim vremenima i mestima", on objašnjava da na pitanje šta je pravo možda nikad nije dat konačan odgovor, zato što odgovora zapravo i nema. Pravo je pre svega koncept potekao iz naroda, naglašava Tamanaha, te je pravo u stvari sve ono što ljudi vide i označe kao pravo. Kako bi stvorili teorijski koncept prava, teoretičari su napravili grešku jer su, praveći jaz sa društvenim kontekstom, pravni sistem sveli na običan sistem pravila. Druga osnovna greška pravnih teoretičara je to što su svoja proučavanja uvek zasnivali na pravu utemeljenom od države, a nisu se bavili drugim kolektivno priznatim oblicima prava koja nekad imaju jaču snagu od državnog prava (običajno pravo, religijsko pravo, međunarodno pravo itd.). Pravo se ne može definisati na jedinstven način, smatra Tamanaha, već se adekvatan odgovor može ostvariti samo prihvatanjem ideje pravnog pluralizma.

U trećem poglavlju Tamanaha ukazuje na još jednu manu dosadašnjih teorija prava koje su pokušavale da utvrde nužne i opšte elemente koje pravo mora da sadrži kako bi moglo da se nazove pravom u svakom vremenu. Praveći analogiju sa vodom i tvrdeći da je H_2O ono što vodu čini vodom, Džozef Raz i Skot Šapiro zaboravljaju da se takvo objašnjenje ili struktura ne može pronaći za pravo. Oni zanemaruju činjenicu da postoje ontološke razlike između vode, kao trajne hemijske strukture, i prava, kao društvene konstrukcije koja se menja tokom vremena. Ti teoretičari,

kao i njihovi sledbenici, suštinske karakteristike prava najčešće definišu *a priori* i bez empirijske osnove, te na taj način neretko isključuju druge oblike prava (običajno pravo, religijsko pravo, međunarodno pravo itd.). Tamanaha dodaje da je nemoguće utvrditi univerzalne elemente za nešto što nema trajnu i koherentnu strukturu. On izražava sumnju da je ova ideja o nužnim elementima prava možda jedino opstala zbog konstantnog ponavljanja i upornog insistiranja vodećih imena. Upravo zato on svoju realističku teoriju ne zasniva konceptualno *a priori*, nego empirijski, to jest *a posteriori*, ispitujući kako su različiti oblici prava stvarani u različitim istorijskih periodima, kako ljudi doživljavaju pravo, s kojom svrhom je stvarano i koje društvene posledice je proizvelo. Zbog svoje prirode podložne promenama, Tamanaha smatra da je „pravo sve ono što ljudi identifikuju kao pravo i prema čemu se, u društvenom životu, odnose kao da je pravo“.

Sagledavajući pravo na različitim nivoima društvene kompleksnosti, kao i način na koji se ono razvija i menja u interakciji sa društvenim, političkim, ekonomskim, ekološkim, tehnološkim i kulturnim uticajima i okolnostima, u četvrtom poglavljy Tamanaha izlaže svoje „genealoško viđenje prava“. Prateći razvoj prava od društava lovaca i sakupljača, plemenskih zajednica, sve do savremene države, Tamanaha potvrđuje stav nekih antropologa da je pravo oduvek postojalo, samo ne u obliku u kome ga mi danas shvatamo. Iako je dosadašnja Tamanahina analiza u velikoj meri bila kongruentna sa stavovima Herberta Harta, jer se obojica oslanjaju na deskriptivnu sociologiju i vide pravo kao društveni fenomen, ovde se njihova mišljenja razdvajaju. Hart negira da je pravo postojalo u primitivnim društvima jer takva društva odlikuje jednostavan režim primarnih pravila. Primarna pravila, to jest pravila o obavezama, nezvanična su i, prema Hartovom viđenju, u celini pate od ozbiljnih nedostataka (neodređenost, statički karakter i neefikasnost), te kao takva ne mogu da formiraju sistem pravila. Ističući razliku između primarnih pravila, karakterističnih za pretpravni svet i sekundarnih pravila, koja jedina mogu da isprave pomenute nedostatke primarnih pravila, Hart smatra da jedino njihovim kombinovanjem možemo govoriti o pravnom sistemu.[1] Tamanaha, s druge strane, ističe da je pravo stalno u nastajanju jer se društvo konstantno menja i evoluira, pa smo svedoci koegzistiranja različitih varijacija prvih oblika prava, zajedno sa pravom u savremenom smislu reči. Tamanaha ističe da postoje sličnosti između „prava“ u ranijim zajednicama i prava u savremenom društvu. Sada, kao i nekada, pravo reguliše skoro iste kategorije društvenog života, čime omogućava društvenu stratifikaciju, promoviše nejednakosti i neretko predstavlja oruđe u rukama elita koje ga koriste za instrumentalizaciju svojih interesa.

[1] Herbert Hart, *Pojam prava*, Pravni fakultet Unverziteta u Beogradu – JP Službeni glasnik, Beograd 2013, 151–153.

Kritika dominantnih teorijskih shvatanja, teorija prirodnog prava i analitičke jurisprudencije nastavlja se i u petom poglavlju. Prema Tamanahinom mišljenju, dosadašnje teorije omanule su u još nečemu – da do kraja objasne pravo u savremenom društvu. Ako prihvatimo da živimo u „eri organizacija“, onda ne možemo ograničiti pravo samo na njegovu funkciju uređivanja društvenih odnosa i videti državu kao stvaraoca prava. Moramo uzeti u obzir da se država oslanja na to pravo, koje, prema Tamanahinom mišljenju, koristi i instrumentalizuje za: a) održavanje na vlasti i zaštitu sopstvenih institucija, b) uređivanje internih upravljačkih odnosa i v) ostvarivanje svojih interesa i ciljeva.

U poslednjem poglavlju Tamanaha se bavi odnosom između državnog i međunarodnog prava. Iako su teoretičari međunarodnog prava skloni da taj odnos posmatraju monistički (jedinstven sistem prava zasnovan na sveobuhvatnom međunarodnom pravnom sistemu sa državnim pravnim sistemima kao podsistemima) ili dualistički (kao međusobno nezavisne sisteme prava sa različitim izvorima i predmetima), Tamanaha smatra da oba shvatanja izobličavaju taj odnos. Iako je prirodno da ih vidimo kao odvojene, pogrešno je razmišljati o njima kao o zasebnim entitetima. Oni su se uvek mešali, a međunarodno pravo, prema Tamanahinom mišljenju, nije jedinstven, hijerarhijski pravni sistem.

Tamanaha zaključuje da je pravo (i sve ono što se podrazumeva pod pravom) sve ono čemu društvene grupe konvencionalno pripisuju oznaku „zakon“ i da se oblici prava konstituišu i razvijaju u vezi sa okolnostima. Ovako holistički shvaćena definicija prava može biti neograničeno primenjena na svaki društveni kontekst. Iako široko primenjiva, ta pomalo eklektička definicija otvara mnoga pitanja. Koje to društvene grupe kreiraju pravo? Da li je pravo odraz ravnopravnosti ili kreacija onih koji imaju moć da nametnu sopstvene interese kao opšte? Iako ističe da svi oblici prava deluju u društvenom prostoru i zavise od drugih normi, pravila i institucija, kao što su običaji, moral, prakse, jezik, ideologija, Tamanaha ne negira da su moćne društvene grupe uspešnije u stvaranju prava, te ono predstavlja konstitutivni aspekt njihove društvene, ekonomske i političke moći.

Vrlina svake Tamanahine knjige, pa i ove, jeste jezik i stil kojim je napisana. Kao i ostale njegove knjige, i ova se lako čita i dobro razume. Ipak, prema našem mišljenju, najveća vrlina ove knjige jeste povratak istorijsko-sociološkog pristupa na naučnu scenu jer bi, bez tog pristupa, jurisprudencija ostala osiromašena. Saglasni smo sa Tamanahinim stavom da zaista ne stoje prigovori, koje ističu neki teoretičari dominantnih rivalskih teorija, da je istorijsko-sociološka perspektiva nedovoljno naučna zbog svog empirijskog temelja. Predmet istraživanja teorije prirodnog prava i teorije analitičke jurisprudencije jeste pravo koje treba da uredi odnose u društvu. Kako objasniti šta je pravo, kako uopšte stvoriti pravo,

ako zanemarujemo društvo u njegovoj potpunoj kompleksnosti i protivrečnosti? Iako ta tri pravca na prvi pogled nemaju mnogo zajedničkog (razlikuju se u predmetu, metodu i ciljevima istraživanja), oni zapravo mogu da budu komplementarni. Koristeći se zajedničkim saznanjima, te teorijske perspektive mogu da prodube već stečena znanja, da otvore nova istraživačka polja i ideje, ali i da eventualno otklone postojeće greške. Potpuno isključivanje istorijsko-sociološkog pristupa može samo da uskrati stvaranje novih plodnih teorija, smatraju ne samo Brajan Tamanaha, već i drugi poznati autori kao što su Brajan Lajter, Vilijam Tvajning i Denis Galigan.

Druga prednost ovog dela je kritika pre svega predstavnika analitičke jurisprudencije koji su, u pokušaju da stvore opštu teoriju prava koja se može primeniti za sva vremena i za sva društva, svoje istraživanje ograničili na državno pravo. Uzimajući u obzir istorijsku dimenziju, na kojoj Tamanaha insistira u celoj knjizi, vidimo da državno pravo nije bilo oduvek dominantno već je to postalo tek sredinom 19. veka. Držeći se čvrsto opštih elemenata koje pravo mora da poseduje da bi bilo pravo, ti teoretičari su zanemarili druge forme prava koje su postojale pre stvaranja državnog prava u modernom smislu reči, a koje i danas uspešno koegzistiraju sa državnim pravom, ponekad i sa jačim uticajem.[2] Ovde Tamanaha nije usamljen jer njegova kritika ide u korak sa kritikom Denisa Galigana koja je upućena Hartovom shvatanju modernog pravnog poretka. Prema Galiganovom mišljenju, Hart se najviše bavio razvijenim pravnim sistemima koji su mu bliski, te je na taj način sve moderne pravne poretke sveo na jedan pojam koji pretežno obuhvata zapadna društva.[3] Tako misli i Tamanaha.

Tamanaha je plodan autor i teoričar prava i odnosa prava i društva, zato ne sumnjamo da će ova knjiga lako naći put, ne samo do čitalačke publike u oblasti teorije i sociologije prava, već i šire. Njegove ranije knjige *Failing Law Schools* (2012), *Beyond the Formalist-Realist Divide* (2010), *Law as a Means to an End* (2006), *On the Rule of Law* (2004), *A General Jurisprudence of Law and Society* (2001), *Realistic Socio-Legal Theory* (1997) izazvale su veliko interesovanje. Sigurni smo da će to biti slučaj i sa ovom jer, iako se čitaoci možda neće složiti sa svim Tamanahinim idejama, ova knjiga je vredna čitanja.

---

[2] U prilog svojoj tvrdnji Tamanaha navodi primer velikog broja zemalja u razvoju u Africi, u kojima običajno pravo postoji uporedo sa državnim pravom, čak je i dominantno u rešavanju sporova.

[3] Više vid. Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2007, 20–22.

FAKULTETSKA HRONIKA

IZBORI NASTAVNIKA I SARADNIKA PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U BEOGRADU OD DECEMBRA 2017. GODINE DO DECEMBRA 2018. GODINE

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 25. decembra 2017. godine, donelo je odluku o izboru:

VALERIJE DABETIĆ, ms. prava, u zvanje asistenta za užu naučnu oblast Sociologija prava – predmet Osnovi sociologije prava.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 25. decembra 2017. godine, donelo je odluku o izboru:

MARIJE VLAJKOVIĆ, ms. prava, u zvanje saradnika u nastavi za Međunarodnopravnu užu naučnu oblast – predmet Uvod u pravo evropskih integracija.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 12. februara 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

BOJANE TODOROVIĆ, ms. prava, u zvanje asistenta za Upravnopravnu užu naučnu oblast – predmet Upravno pravo.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 20. februara 2018. godine, donelo je odluku o izboru dr VLADIMIRA VULETIĆA, docenta, u zvanje vanrednog profesora za užu naučnu oblast Pravna istorija – predmet Rimsko pravo.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 20. februara 2018. godine, donelo je odluku o izboru dr DANILA VUKOVIĆA, docenta, u zvanje vanrednog profesora za užu naučnu oblast Sociologija prava – predmet Osnovi sociologije prava.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 20. februara 2018. godine, donelo je odluku o

izboru dr NATALIJE LUKIĆ, asistenta, u zvanje docenta za užu naučnu oblast Krivično pravo – predmet Kriminologija.

Senat Univerziteta u Beogradu, na sednici od 21. marta 2018. godine, na predlog Izbornog veća Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu od 25. decembra 2017. godine i mišljenja Veća naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka od 20. februara 2018. godine, doneo je odluku o izboru dr VUKA RADOVIĆA, vanrednog profesora, u zvanje redovnog profesora za Poslovnopravnu užu naučnu oblast – predmeti Kompanijsko pravo, Trgovinsko pravo i Stečajno pravo.

Senat Univerziteta u Beogradu, na sednici od 21. marta 2018. godine, na predlog Izbornog veća Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu od 12. februara 2018. godine i mišljenja Veća naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka od 20. februara 2018. godine, doneo je odluku o izboru dr DUŠANA POPOVIĆA, vanrednog profesora, u zvanje redovnog profesora za Poslovnopravnu užu naučnu oblast – predmeti Pravo intelektualne svojine i Pravo konkurencije.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 10. aprila 2018. godine, donelo je odluku o izboru dr MILOŠA MILOŠEVIĆA, docenta, ponovo u zvanje docenta za užu naučnu oblast Javne finansije i finansijsko pravo – predmeti Poresko pravo i Pravo međunarodnih poreskih ugovora.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 24. aprila 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

NIKOLE ILIĆA, ms. prava, u zvanje asistenta za užu naučnu oblast Ekonomija i pravo (Ekonomska analiza prava) – predmet Osnovi ekonomije.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 23. maja 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

ANE ODOROVIĆ, ms. prava, ponovo u zvanje asistenta za užu naučnu oblast Ekonomija i pravo (Ekonomska analiza prava) – predmet Osnovi ekonomije.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 5. juna 2018. godine, donelo je odluku o izboru dr ALEKSANDARA GAJIĆA, docenta, u zvanje vanrednog profesora za Međunarodnopravnu užu naučnu oblast – predmeti Međunarodno javno pravo i Uvod u pravo evropskih integracija.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 28. juna 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

NOVAKA VUJIČIĆA, ms. prava, u zvanje asistenta za Poslovnopravnu užu naučnu oblast – predmet Pravo intelektualne svojine.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 28. juna 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

MAŠE MIŠKOVIĆ, ms. prava, u zvanje asistenta za Poslovnopravnu užu naučnu oblast – predmet Trgovinsko pravo.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 28. juna 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

LIDIJE ŽIVKOVIĆ, ms. prava, u zvanje saradnika u nastavi za užu naučnu oblast Javne finansije i finansijsko pravo – predmeti Poresko pravo i Pravo međunarodnih poreskih ugovora.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 18. septembra 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

mr DRAGANA PAVIĆA u zvanje asistenta za Građanskopravnu užu naučnu oblast – predmet Obligaciono pravo.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 18. septembra 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

UNE DIVAC, ms. prava, u zvanje saradnika u nastavi za užu naučnu oblast Pravna istorija – predmet Uporedna pravna tradicija.

Senat Univerziteta u Beogradu, na sednici od 19. septembra 2018. godine, na predlog Izbornog veća Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu od 25. juna 2018. godine i mišljenja Veća naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka od 10. jula 2018. godine, doneo je odluku o izboru dr IGORA VUKOVIĆA, vanrednog profesora, u zvanje redovnog profesora za užu naučnu oblast Krivično pravo – predmet Krivično pravo.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 24. septembra 2018. godine, donelo je odluku o izboru dr BOJANE ČUČKOVIĆ, docenta, u zvanje vanrednog profesora za Međunarodnopravnu užu naučnu oblast – predmeti Međunarodno javno pravo i Ljudska prava.

Veće naučnih oblasti pravno-ekonomskih nauka Univerziteta u Beogradu, na sednici od 24. septembra 2018. godine, donelo je odluku o izboru dr FILIPA BOJIĆA, asistenta, u zvanje docenta za Radnopravnu užu naučnu oblast – predmet Radno pravo.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 29. oktobra 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

IVANE MILJUŠ, ms. prava, u zvanje saradnika u nastavi za užu naučnu oblast Krivično pravo – predmet Krivično procesno pravo.

Izborno veće Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, na sednici od 29. oktobra 2018. godine, donelo je odluku o izboru:

IVANE RADISAVLJEVIĆ, ms. prava, u zvanje saradnika u nastavi za užu naučnu oblast Krivično pravo – predmet Kaznena odgovornost pravnih lica i prekršajno pravo.

UPUTSTVO ZA AUTORE*

Članci predati za objavljivanje u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* podležu obaveznoj anonimnoj recenziji dva recenzenta kojima nije poznat identitet autora, kao što ni autoru nije poznat identitet recenzenata.

Radovi se predaju u elektronskom obliku na adresu *anali@ius.bg.ac* ili putem platforme za elektronske publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu na *http://ojs.ius.bg.ac.rs/.*

Tekstovi se kucaju ćirilicom i po pravilu ne treba da budu duži od jednog tabaka. Izuzetno, maksimalni obim tekstova je 1,5 tabak. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno 28.800 znakova, font *Times New Roman* 12.

Ukoliko tekst pređe dozvoljeni obim, biće odmah vraćen autoru na neophodno skraćivanje. Recenzenti neće biti određeni sve dok dužina teksta ne zadovolji predviđeni obim.

U gornjem levom uglu, pre naslova rada, navode se akademska titula, ime i prezime autora, a u pratećoj fusnoti koja se označava zvezdicom, ustanova u kojoj je autor zaposlen ili druga afilijacija, zvanje autora i elektronska adresa.

Tekst namenjen za rubriku „Članci" mora da na početku sadrži rezime s osnovnim nalazima rada, obima do 20 redova (apstrakt) i do pet ključnih reči. Na kraju teksta se nalazi rezime (*summary*) približnog obima i do pet ključnih reči, sa naslovom rada na engleskom jeziku. Dodatno, potrebno je navesti i spisak literature, font *Times New Roman* 11. Spisak obuhvata udžbenike, monografije i članke citirane u radu, kao i

* Počev od broja 2/2019 časopisa *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* primenjivaće se nova uputstva za autore. Nova uputstva su dostupna na: *http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Uputstvo_za_autore_(SRB)_2019.pdf* (na srpskom jeziku) i *http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Guidelines_for_Authors_(ENG)_2019.pdf* (na engleskom jeziku).

internet adrese na kojima su dostupni. Prilikom navođenja literature, prvo se navodi prezime, zatim prvo slovo imena citiranog autora, a potom ostali podaci u skladu sa pravilima citiranja.

U interesu autora je da naslov i ključne reči što vernije i konciznije odražavaju sadržaj rada. Ceo rad, uključujući i rezime na stranom jeziku, podležu stručnoj lekturi i anonimnim recenzijama.

Naslov rada se piše na sredini, velikim slovima – verzalom (font 14). Podnaslovi se pišu na sredini, velikim slovima (font 12) i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko podnaslov sadrži više celina, one sa takođe označavaju arapskim brojevima, i to: 1.1. – kurentom, tj. malim običnim slovima (font 12), 1.1.1. – malim italik slovima (font 12) itd., manjim fontom.

Za objavljivanje se predaju isključivo originalni radovi, koji ne predstavljaju deo odbranjene teze, objavljene monografije ili knjige, kao i oni koji nisu objavljeni ili ponuđeni drugom časopisu. O tome autor dostavlja izjavu prilikom slanja teksta Redakciji. U suprotnom Redakcija može da prekine svaku buduću saradnju s autorom.

Etički kodeks je dostupan na internet stranici *Anala*.

Redakcija zadržava pravo da prilagođava rad opštim pravilima uređivanja časopisa i standardu srpskog jezika u pogledu pravopisa, gramatike i stila.

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu izlaze kvartalno – tri domaća izdanja i jedno međunarodno (broj 4) i to krajem marta, juna, septembra i decembra. Rokovi za prijavu radova su 31. januar za prvi broj, 30. april za drugi broj, 31. jul za treći broj i 31. oktobar za četvrti (međunarodni) broj.

PRAVILA CITIRANJA

1. **Knjige** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zarez.

Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja.

Navođenje naziva izdavača nije obavezno, ali je poželjno.

Primer: M. Petrović, *Nauka o finansijama*, Savremena administracija, Beograd 1994, 35.

Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 1994^3).

Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćenica „fn.“.

Primer: M. Petrović, *Nauka o finansijama*, Beograd 1994, 35 fn. 3.

Ukoliko se u knjizi pominje više mesta gde je izdata, navode se prva dva razdvojena crtom.

Primer: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Članci** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga).

Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora. Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: M. Petrović, „Efekti posrednog oporezivanja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (*Anali PFB*) 3/1995, 65.

3. Ukoliko postoji više autora knjige ili članka (do tri), razdvajaju se zarezom.

Primer: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić,

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćenice reči *et alia* (*et al.*) kurzivom. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Primer: M. Petrović *et al.*,

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi samo broj strane i tačka (bez dodataka *op. cit.*, nav. delo i sl.).

Primer: M. Petrović, 53.

Ako se citira više radova istog autora, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c, d itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: M. Petrović (1995a), 67.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: M. Petrović, 53–67.

Primer: M. Petrović (1995a), 53 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak s iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid*.

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali s različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid*., 69.

Kada se citira članak u zborniku radova na engleskom ili drugom stranom jeziku, posle naziva zbornika koji je pisan italikom, u zagradi se navode imena urednika. Ukoliko ih je više stavlja se naznaka „eds.“ pre njihovih imena, a ako je samo jedan urednik, naznaka pre njegovog imena je „ed.“, odnosno odgovarajuća skraćenica u drugom jeziku (npr. u nemačkom „Hrsg.“). Kada se citira članak u zborniku radova na srpskom ili drugom jeziku ovog govornog područja, posle naziva zbornika koji je pisan italikom, u zagradi se navodi ime ili imena urednika sa naznakom „ur.“ pre imena.

Primer: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Propisi se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zareza broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično.

Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 ili Zakon o izvršnom postupku – ZIP, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

8. Član, stav i tačka propisa označavaju se skraćenicama čl., st. i tač., a iza poslednjeg broja se ne stavlja tačka.

Primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12 itd.

9. Navođenje sudskih odluka treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

10. Latinske i druge strane reči, internet adrese i sl. pišu se kurzivom.

11. Citiranje tekstova s interneta treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice ispisanu kurzivom i datum pristupa stranici.

Primer: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp*, 24. maj 2007.

12. Inostrana imena se transkribuju na ćirilici na srpskom jeziku kako se izgovaraju, a prilikom prvog pominjanja u tekstu prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku kurzivom, npr. Godme (*Gaudemet*).

13. Za „videti“ koristi se skraćenica „Vid.“, a za „uporediti“ se koristi skraćenica „Upor.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику.
– Drugo izdanje na drugom medijumu: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

U OVOM BROJU:

ISSN 0003 2565

